

THÈSE DE

PARIS.

1888

N^o. 31.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'OBJET DE L'HYPOTHÈQUE

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE « QUI S'OBLIGE OBLIGE LE SIEN »

ET DES

TEMPÉRAMENTS QU'ELLE PEUT RECEVOIR DE LA VOLONTÉ DE L'HOMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

P. DANIEL DE LAGASNERIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1888

THÈSE POUR LE DOCTORAT.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les Thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'OBJET DE L'HYPOTHÈQUE

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE « QUI S'OBLIGE OBLIGE LE SIEN »

ET DES

TEMPÉRAMENTS QU'ELLE PEUT RECEVOIR DE LA VOLONTÉ DE L'HOMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

ACAD.

LUGD. BAT.

BIBL.

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu
le Vendredi 6 Juillet 1888, à 2 heures 1/2

PAR

P. DANIEL DE LAGASNERIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL.

Président : M. BUFNOIR ;

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, } Professeurs ;
 { BEAUREGARD, }
 MICHEL, LÉON, Agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1888

DROIT ROMAIN

DE L'OBJET DE L'HYPOTHÈQUE

INTRODUCTION.

Je voudrais décrire le domaine d'assiette de l'hypothèque, en droit romain, dire sur quelles choses elle peut porter.

Les choses susceptibles d'hypothèque y sont, en principe, toutes celles qui peuvent faire l'objet d'une vente : « quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest », dit la loi 9 § 1 de pignor. XX. I. L'hypothèque pourra donc affecter les meubles comme les immeubles, les choses corporelles comme les incorporelles, les droits réels comme les personnels, les choses futures comme les choses actuelles. L'équation entre le domaine de la vente et celui de l'hypothèque répond d'ailleurs logiquement à cette idée que la vente est la fin de l'hypothèque.

Notre droit civil a réduit l'objet de l'hypothèque aux

biens immobiliers qui sont dans le commerce, à leurs accessoires réputés immeubles, à l'usufruit des mêmes biens et accessoires, pendant le temps de sa durée, art. 2118 C. c. Sans doute, en se plaçant à un point de vue général qui embrasse le nantissement, le privilège et l'hypothèque, la divergence entre les deux législations s'atténue fort. Ainsi M. Labbé (1) a écrit avec parfaite raison que « la créance résultant de la sous-location est affectée par privilège à la sûreté du bailleur principal ». Ce privilège n'est-il pas un reflet de l'hypothèque des créances admise par le droit romain, du *pignus nominis* ? Mais les meubles corporels, à raison de l'instabilité de leur assiette, de leur fragilité, ont été tenus pour impropres à recevoir aucune affectation hypothécaire ; d'autant plus que la publicité, élément capital de notre système hypothécaire, serait impossible à organiser à leur égard.

L'extension donnée par le droit romain à l'hypothèque s'expliquerait insuffisamment par la seule suggestion logique dont j'ai parlé. Les vues suivantes donneront comme la psychologie de ce point

L'absence de publicité de l'hypothèque, chez les Romains, écarte d'abord l'objection péremptoire que je formulais contre son application aux meubles. Le besoin de sécurité que nous éprouvons dans la transmission des biens ne les toucha pas. Il ne les frappa point là où cependant il est le plus sensible, dans la circulation de la propriété mobilière. D'autre part, la nature de l'esprit d'abstraction romain devait pour ainsi dire livrer les meubles à l'hypothèque. Le droit romain, poursuivant,

(1) *Revue Critique*, t. 43, p. 572.

comme l'a si ingénieusement démontré Ihering (1), l'égalité et la généralisation jusque dans les biens ne refléta pas la distinction naturelle et profonde des biens en meubles et immeubles. Le droit hypothécaire en fut indépendant, tout comme la possession, la propriété, le droit héréditaire, l'*obligatio*, aussi bien par rapport aux formes avec lesquelles ces droits sont établis et exercés, que par rapport à leur efficacité matérielle. A la différence du droit germanique, où la propriété foncière joue un tel rôle qu'on peut parler d'un droit réel différent pour les meubles et pour les immeubles, le droit romain présente la même notion des droits réels pour les uns et pour les autres. Loin de modeler la définition sur la chose, il adapte celle-ci à l'idée qu'elle représente. Il lui répugne de scinder une idée fondamentale : il fait entrer les choses dans les cadres tracés par sa pensée générale, au lieu de grouper des distinctions juridiques autour des distinctions naturelles qui sont, suivant une expressive métaphore, les véritables noyaux de la cristallisation du droit.

Autre considération. L'application de l'hypothèque à tous les droits quelconques qui ont une valeur pécuniaire et qui se laissent transférer, ne se fit que progressivement. D'abord restreinte aux choses corporelles, elle s'étendit avec le progrès du droit, se dégageant des influences de la perception sensible vers l'abstraction. C'est le même mouvement qui transforme, notamment, la possession portant d'abord sur les seules choses, puis s'épurant jusqu'à la quasi-possession. Le commerce juridique s'élargit, s'opérant désormais aussi sûrement avec

(1) *L'Esprit du Droit romain*, t. II.

l'objet invisible, le droit, que jadis avec la chose corporelle.

Un autre courant d'évolution amène l'hypothèque des choses futures. A l'origine, une des conditions de l'acte juridique est l'existence actuelle des rapports concrets dont dépend la validité de la disposition. On ne peut transférer à autrui ce qu'on n'a pas soi-même. D'où le droit primitif déduisit qu'on ne peut transférer une chose avant de l'avoir. Cette conséquence n'arrêta pas le droit nouveau dans cette phase si curieuse de son progrès, la création de formes qui permettent d'attirer l'avenir dans le cercle des relations juridiques (1). Il admit l'hypothèque des choses futures, les hypothèques générales. Nos lois hypothécaires modernes ont, pour la plupart, maintenu le principe de la spécialité des hypothèques : ce qui tend à prouver que l'innovation romaine nuisait aux véritables intérêts du commerce juridique plutôt qu'elle ne leur était utile.

J'ai dit que le domaine de l'hypothèque avait mêmes limites que celui de la vente. Il le déborde même par une exception curieuse. Celui qui avait fourni la rançon d'un captif avait sur sa personne une sorte de droit de gage qui suspendait les effets du *postliminium* jusqu'à ce que le *redemptor* fût désintéressé. (L. 19 § 9 de captiv. XLIX, 15). Dans l'intervalle, le *redemptus* demeurait citoyen romain, mais devait son travail au *redemptor* jusqu'à l'acquittement de sa dette. Celui-ci pouvait d'ailleurs vendre son droit de *pignus*, mais non pas, comme il eût fait d'un esclave, son débiteur hypothéqué dans sa personne même en garantie de sa dette.

(1) Voy. Ihering, t. IV, p. 156 et suiv.

Analogue était la situation, vis à vis de son ancien maître, d'un esclave pris par l'ennemi, racheté et affranchi par son *redemptor*. La liberté lui était maintenue, mais il était débiteur envers son ci-devant maître d'une somme égale à sa valeur. Et il lui était à raison de cette dette *pignori obligatus*, comme un homme libre *redemptus* l'était pour sa rançon. (L. 12 § 8 et suiv. de captivis XLIX, 15). — Par contre, une disposition de Théodose et d'Honorius avait défendu d'hypothéquer les choses nécessaires à l'exploitation d'un fonds rural (L. 8, C. quæ res pign. VIII. 17).

J'entre maintenant dans le détail de mon sujet. Ma tâche est d'étudier les divers droits pécuniaires que l'homme peut avoir sur les choses au point de vue de leur aptitude à se combiner avec le droit d'hypothèque. Considérons les successivement dans ce dessein.

HYPOTHÈQUE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

De même que le propriétaire d'un fonds ou d'un meuble le peut vendre en entier, par partie divisée ou indivise, il le peut hypothéquer dans les mêmes conditions. Le propriétaire d'une portion indivise pourra également offrir hypothèque sur ce bien tel quel ; la base de la sûreté consentie demeurera d'ailleurs fixe et invariable. « Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata », l. 7 § 4 quibus mod. pign. XX. 6. Un communiste ayant hypothéqué sa part indivise, après le partage accompli, ce n'est point la part qui est échue à celui qui a constitué l'hypothèque qui sera seule frappée ; la part des deux copartageants demeurera hypothéquée par indivis et pour moitié. Le partage ne modifiera pas l'assiette de l'hypothèque, seulement la moitié indivise grevée se trouvera désormais pour moitié chez un tiers détenteur. Complication fâcheuse pour l'exercice du droit, mais solidité de garantie.

Je rencontre un second exemple des mêmes résultats

dans la situation du légataire pourvu par Justinien d'une hypothèque tacite portant sur tous les biens de la succession.

Un legs de 100 est fait à Titius par un testateur à la charge de deux héritiers pour parties égales, Primus et Secundus. Cette charge de la succession se divise *ipso jure* entre eux. Titius a ainsi deux débiteurs tenus envers lui de deux obligations respectivement de 50. Chacune d'elles étant garantie par une hypothèque, Titius a deux hypothèques portant respectivement sur la moitié indivise de Primus et sur celle de Secundus ; tout comme si, ayant consenti à Primus et à Secundus deux prêts de 50, il s'était fait constituer par chacun d'eux une hypothèque sur leur part indivise dans la succession. Titius ne pourra donc pas plus demander hypothécairement à Primus et à Secundus qu'il ne peut leur demander personnellement. Mais, vienne le partage, Primus et Secundus acquièrent l'un de l'autre des parts indivises grevées d'hypothèque. Dès lors, chacun d'eux peut être poursuivi hypothécairement pour ce qu'il doit lui-même et pour ce que doit son cohéritier.

Telles sont les conséquences du caractère translatif du partage. Vainement m'opposerait-on cette décision de la loi 1 C., communia de leg , VI, 43 : « in omnibus autem hujus modi casibus in tantum, et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit. » Elle reçoit une interprétation satisfaisante en la faisant répondre à l'époque antérieure au partage.

Relativement à l'hypothèque d'une somme d'argent, dont le cautionnement en argent exigé de nos jours de

certaines fonctionnaires et d'entrepreneurs de travaux publics offre l'image moderne, il suffira de noter que le débiteur qui s'est acquitté réclamera la restitution de la somme engagée au moyen d'une *actio pignoratitia* et non pas d'une *condictio*.

L'hypothèque d'une *universitas rerum* appelle quelques détails.

Les juriconsultes romains entendaient sous ces mots des collectivités dont la pensée seule réunit les éléments, un troupeau, un magasin, une hérédité. Ils distinguaient les « *universitates juris* » et les « *universitates facti* ». (L. 30 pr. de usurpat. et usucap., XLI, 3). L'*universitas juris* est l'*universum jus* d'une personne, une hérédité, un pécule castrense. C'est véritablement une création de la loi, une chose juridique indépendante des objets matériels qui la constituent. On a en effet pour la réclamer une *actio in rem universalis*. (L. 27 § 3 de rei vendic. VI, 1 ; l. 20 § 10 de hered. petit. V, 3). Autrement en est-il des *universitates facti*, comme un troupeau, un magasin : elles n'ont point d'existence indépendante des objets qui les constituent. La preuve en est qu'on n'usucapait pas un troupeau, mais seulement les diverses têtes de bétail (L. 30 § 2 de usucap. XLI, 3). Il est vrai qu'on peut revendiquer un troupeau, *gregem, non singula capita*. (L. 1 § 3 de rei vindic. VI, 1). Mais cette faculté n'est qu'un avantageux moyen de procédure qui permet d'éviter les désastreux effets de la *plus petitio* ; la *vindicatio gregis* est une *vindicatio incertæ partis*. C'est ce qu'établissait péremptoirement cette simple remarque. Si, après avoir succombé dans la revendication, je veux revendiquer des têtes isolées, mon action sera repoussée

par l'exception *rei judicatae*, s'il est prouvé qu'au moment où j'ai intenté la *vindicatio gregis*, les têtes que je réclame actuellement étaient comprises dans le troupeau. (L. 21 § 1 de except. rei judic. XLIV, 2).

Ce point d'ontologie juridique étant ainsi établi, l'hypothèque consentie sur une hérédité devra garder dès sa constitution une assiette invariable. Mais il n'en ira pas de même à l'égard des *universitates facti*. Il faudra rechercher l'intention des parties pour déterminer la portée de l'hypothèque dont elles auront été constituées l'objet. Deux exemples éclaireront ce principe d'interprétation.

La loi 34 pr. de pign. XX. I, prévoit le cas où un marchand a consenti une hypothèque sur son magasin : « Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quæsitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in eâ erant, obligasse videatur? Et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quæ ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sunt et res aliæ illatae? Respondit: ea quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt pignori obligata esse videntur. » Dans cette espèce, le créancier a dû vraisemblablement consentir à la vente habituelle des marchandises en magasin, à condition que son droit d'hypothèque ressaisirait les nouvelles marchandises introduites en remplacement. Mais il n'a évidemment pas consenti à la vente en bloc de tout le fonds et il pourra au besoin le venir réclamer *jure pignoris* entre les mains du tiers acquéreur. Que si le constituant se mettait à vendre peu à peu sans remplacer, le créancier

serait admis à intenter l'action *pigneratitia contraria* pour détérioration dolosive de son gage et l'action *in rem* pour se faire mettre en possession des marchandises encore existantes. — Au jour du décès du constituant, son héritier ne pourra rien distraire des marchandises contenues dans le magasin, mais aussi celles achetées par lui ne tomberont pas sous l'hypothèque constituée par le défunt.

La loi 13 pr. de pign. XX. I. présente une autre application de notre formule : « Grege pignori obligato, quæ postea nascuntur, tenentur; sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignus tenebitur ». Un troupeau ayant été hypothéqué, le croit, naturellement destiné à remplacer les têtes qui meurent, sera frappé de l'hypothèque qui s'étend sur tout le troupeau. Il pourra dès lors arriver que, celui-ci se renouvelant complètement, l'hypothèque se trouve porter sur des têtes dont aucune n'avait été frappée au moment de la constitution. — Mais ce n'est pas à dire que le propriétaire du troupeau pourra, en vendant les têtes, les soustraire à l'hypothèque. Cette éventualité n'est certes pas entrée dans la pensée du créancier, à moins qu'il ne s'agit du troupeau d'un éleveur qui vend pour acheter.

HYPOTHÈQUE DES DROITS RÉELS.

Je dois envisager les servitudes réelles et personnelles, les droits de superficie et d'emphytéose en tant qu'objets de l'hypothèque.

Peut-on hypothéquer une servitude ? Question complexe qu'il faut analyser.

La constitution d'hypothèque sur une servitude se conçoit en effet sous deux points de vue, suivant que la servitude existe déjà ou qu'elle n'est pas encore constituée, qu'elle est contenue en puissance dans le droit de propriété, comme la partie dans le tout.

S'il s'agit d'une servitude déjà établie, elle semble répugner à recevoir un droit d'hypothèque, puisqu'elle ne peut être vendue. Toute servitude est par elle même incessible : une servitude personnelle est indissolublement fixée sur la tête du titulaire et ne peut être transportée à une autre personne ; une servitude prédiale est inséparable du fonds à qui elle profite, elle y est attachée comme une de ses qualités naturelles, fertilité, salubrité, elle ne saurait être transportée à un autre fonds. Ajoutons, au surplus, en ce qui concerne les servitudes prédiales, que le propriétaire du fonds dominant ne saurait, par un transfert de son droit, aggraver la condition du propriétaire du fonds servant.

Cependant, parmi les servitudes personnelles, l'usufruit n'est pas tellement attaché à la personne du titulaire que celui-ci n'en puisse céder, aliéner l'exercice. Le droit en lui-même ne cessera pas de reposer sur la tête de l'usufruitier, si bien que sa mort fera évanouir le droit du cessionnaire ; mais l'émolument de ce droit, sa valeur pécuniaire sont susceptibles de vente et par là même d'hypothèque. C'est la solution que consacre en effet la loi 11 § 2 de pignor. XX. I. dans ce passage : « . . . Si non inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet, convenerit ut ususfructus pignori sit ; nam et quum emptorem ususfructus tuetur prætor, cur non et creditorem tuebitur ? Eadem ratione et creditori objicietur exceptio. »

Mais plaçons-nous en présence d'un propriétaire désireux d'emprunter une somme d'argent, et qui voudrait, au lieu d'offrir au prêteur un droit d'hypothèque sur son fonds, constituer cette garantie en l'appuyant sur une servitude à établir sur ce fonds, *servitus constituenda*. Qu'est-ce à dire ?

Si je suppose une servitude personnelle, un usufruit, par exemple, pourquoi le propriétaire emprunteur ne pourrait-il pas ajouter au contrat de prêt ce pacte, qu'il confère à son créancier l'usufruit de son fonds en garantie hypothécaire de son engagement, *usumfructum pignori hypothecæve dare*, comme s'exprime la loi 11, § 2, de pign. ? Et en effet la validité de la convention ne fait pas doute aux yeux du jurisconsulte.

S'il s'agit de servitudes réelles, le droit romain distingue entre les prédiales et les urbaines. Celles-ci ne peuvent être l'objet d'un droit de gage ou d'hypothèque, qu'elles soient constituées ou à constituer : « Jura præ-

diorum urbanorum pignori dari non possunt ; igitur nec convenire possunt, ut hypothecæ sint », l. 11, § 3, de pignor. XX, 1. C'eût été grever la propriété urbaine d'une charge inutile à fortifier la garantie du créancier, qui n'eût guère trouvé acheteur pour réaliser son gage dans le cercle infime des personnes à qui une servitude urbaine peut être utile.

Autrement en est-il des servitudes rurales, dont le domaine d'utilité est bien plus étendu : « Sed an viœ, itineris, actus, æquæductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Ponponius ait, ut talis pactio fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat ; et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admissa est », l. 12 de pignor, XX, 1. Pour fortifier son crédit, l'emprunteur peut concéder au prêteur qui serait propriétaire d'un fonds prochain, l'exercice, tant qu'il ne l'aura pas remboursé, d'une servitude de passage ou d'aqueduc sur son fonds. Ce sera là proprement la convention de *pignus servitutis*. Que si, à l'échéance, le débiteur ne s'acquitte pas, le créancier pourra vendre à un voisin la servitude sur laquelle il a reçu un droit de gage ou d'hypothèque

Mais ce dernier point demande à être sainement compris. La remarque suivante concerne d'ailleurs également l'hypothèque de l'*ususfructus constituendus* attendu qu'elle ne fait qu'appliquer les vrais principes.

Il ne s'agit point, dans l'opération prévue par les mots « *vendere eas vicino liceat* », de la cession, de la vente de la servitude déjà constituée au profit du créancier. Il n'y a pas, dans l'espèce, dérogation *propter utilita-*

tem contrahention au caractère d'incessibilité des servitudes ni à leur perpétuité. Le créancier hypothécaire n'a jamais été investi de la servitude, pas plus qu'il n'eût été investi de la propriété du fonds, si sa sûreté eût porté sur le fonds lui-même. Il a simplement reçu du propriétaire du fonds le droit de constituer une servitude à la charge de ce fonds, en cas de non paiement à l'échéance. Pour exercer ce droit, il disposera de l'action hypothécaire, non point de l'action confessoire utile. Ayant alors obtenu gain de cause dans cette instance, il en tirera le droit de constituer valablement, au profit d'un voisin, une servitude sur le fonds de son débiteur. Et ainsi la servitude ne naît, n'est constituée que par l'exercice intégral de l'hypothèque, par la réalisation consommée de la sûreté consentie.

Les *operæ servorum vel animalium* pouvant être l'objet d'un louage (L. 2 de usu per leg. dat. XXXIII, 2), pourront être l'objet d'une hypothèque. De même l'*habitatio*, à partir de Justinien. (L. 13 C. de usufr., III, 33). D'ailleurs, comme je l'ai dit de l'usufruit, c'est l'exercice seul de ces droits qui est hypothéqué. Au surplus, rien ne s'oppose à ce que ces mêmes servitudes et même l'*usus* soient offertes en hypothèque *constituendæ*, à l'état des droits à constituer. L'opération juridique qui réalisera cette hypothèque, sera soumise aux règles que je viens d'exposer sur l'hypothèque des servitudes rurales *constituendæ*.

HYPOTHÈQUE SUR LES CRÉANCES

Les créances, qui sont un élément du patrimoine, ne répugnent aucunement, par leur nature, à un droit de préférence dont elles seraient l'objet. On les conçoit fort bien affectées à titre de gage à la garantie d'une obligation. Seulement, tandis que le gage d'un bien corporel s'exerce naturellement par la vente aux enchères, le gage d'une créance ne saurait, tout au moins comme exécution dernière, se plier à ce mode de réalisation. Celui qui s'y applique rationnellement, est le droit, pour le créancier garanti, d'agir contre le débiteur de la créance affectée, et d'obtenir au besoin condamnation contre lui.

Comment le droit romain a-t-il conçu l'organisation du gage ou de l'hypothèque portant sur une créance, le *pignus nominis* ?

Le *pignus nominis* semble avoir été l'extension dernière du domaine d'assiette de l'hypothèque : « Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur », dit la loi 7 C. de heredit, vel act. vend. IV. 39. Et cependant le besoin de cette sûreté particulière était plus pressant encore dans le droit romain primitif. La grande règle de la théorie des obligations « *Qui s'oblige oblige le sien* », consacrée par l'art. 2092 C. C. y était inconnue. Elle s'y in-

filtra peu à peu en se traduisant par une procédure d'exécution de moins en moins imparfaite : la *manus injectio*, qui en était la négation, faisant place, sous le système formulaire, à la *bonorum venditio*, et celle-ci disparaissant à son tour devant la *bonorum distractio* et le *pignus ex causâ judicati captum*. Ces moyens n'en étaient pas moins longs et coûteux et agréaient bien moins aux créanciers que la sûreté plus énergique et plus prompte à réaliser de l'hypothèque. La pratique, sous l'action de ce besoin, dut étendre l'hypothèque aux créances, d'autant plus que les Romains ne connaissaient rien d'analogue à notre saisie-arrêt ou opposition, soit comme mesure conservatoire, soit comme préliminaire d'exécution. Voyons le fonctionnement de ce nouveau moyen de crédit.

Je constitue une hypothèque au profit de mon créancier sur une créance que j'ai contre un tiers. Quels droits lui ai-je ainsi conférés ? Au fond des choses, je lui ai donné un droit exclusif sur ma créance, je l'ai autorisé à poursuivre mon débiteur, à l'obliger à verser entre ses mains, sans avoir besoin de s'adresser à moi, titulaire de la créance. Sans doute mon créancier hypothécaire pourra vendre, à l'échéance, la créance que je lui ai donnée en garantie, s'il y trouve avantage, si, par exemple, la créance engagée a une échéance plus reculée que la créance garantie. Mais l'acheteur devra, à un moment donné, poursuivre mon débiteur, et ainsi la situation que je viens d'analyser se présente toujours en fin de compte.

Or, dans ce résultat, certains auteurs (1) ont voulu voir

(1) Voyez Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältniss*.

une véritable hypothèque réalisée en acte, avec tous ses caractères de droit réel. Pour justifier ce point de vue, ils prétendent épurer, en l'élevant, la notion même de la transmission du droit réel. Elle consisterait dans la transmission faite par une personne à une autre de la faculté d'exercer directement un droit quelconque de son patrimoine. L'espèce présente rentrerait en effet dans ce cadre. Il me suffira, pour écarter cette opinion, de faire remarquer qu'à tant élargir les idées, on les vaporise, et leurs caractères dominants, qui les définissaient, s'évanouissent. Telle qu'on nous la veut présenter, la notion de la constitution du droit réel s'applique à une transmission de droits quelconques.

Qu'y a-t-il donc précisément dans le *pignus nominis*? Le constituant n'y cède point purement et simplement sa créance à son créancier, il ne la lui donne pas en paiement. Mais ne la lui cède-t-il pas éventuellement, en lui permettant de poursuivre directement son débiteur, faute de paiement à l'échéance? Jusque-là, il est vrai, le créancier garanti ne peut que conserver et assurer par tels moyens que de droit l'efficacité de sa poursuite éventuelle. Dans ce but, il pourra notifier au débiteur la convention d'hypothèque, et, par cette dénonciation, le mettre en demeure de ne pouvoir se libérer, sauf mainlevée, qu'entre les mains du signifiant. « Ille cujus nomen pignori datum est... nondum certior a te de obligatione tua factus », loi 4 C. quæ res pignor. oblig. poss. VIII, 17 (1). Il y a là comme le pendant de la prise de possession de la chose hypothéquée, dans le

(1) Voyez Accarias, *Précis de Droit Romain*, t. II, p. 353, n. 1.

cas de l'hypothèque d'une chose corporelle, de la transformation de l'*hypotheca* en *pignus*.

Maintenant, la dette garantie étant échue et impayée, comment le créancier hypothécaire exercera-t-il son droit ? Il pourra ou vendre la créance ou en poursuivre le paiement, *vendere aut exigere*.

S'il poursuit (et, s'il vend, son acheteur poursuivra plus tard), il mettra en mouvement une action que les textes qualifient d'utile : «... *ordinarium visum est post nominis venditionem utiles emptori (sicut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones* », l. 7 C. de hered. vel act. vend. IV. 39. Quelle est cette action ?

Pour certains auteurs, ce serait une action hypothécaire utile, par la raison qui leur semble péremptoire qu'un créancier hypothécaire ne peut avoir qu'une action hypothécaire. Mais ce point de vue est absolument inadmissible, une action réelle ne pouvant être donnée pour poursuivre un droit de créance. Cette action utile est une action personnelle, elle est celle-là même du constituant exercée *utile* par le créancier hypothécaire ou le tiers acquéreur. Le formalisme romain a dû céder à la force des choses. Au fond de l'hypothèque d'une créance, j'ai dit qu'il y avait cession éventuelle de cette créance : le créancier garanti se comportera comme un cessionnaire. Le moyen imparfait de la *procuratio in rem suam* avait déjà dépouillé les rigueurs formalistes des premiers temps. Le *procurator in rem suam* était devenu un véritable acquéreur de la créance, considéré comme investi d'un droit propre et disposant de son chef d'actions utiles (1). Ces actions étaient celles mêmes

(1) Accarias, t. II, p. 555.

du cédant que le cessionnaire pouvait exercer *utilè*. Le créancier qui avait reçu un *pignus nominis* disposa de même *utilè* des actions du constituant.

L'hypothèque des créances se ramenant à une cession de créances, il en découle que celles-ci seules, qui sont cessibles, sont susceptibles d'hypothèque. Nous retrouvons l'équation entre le domaine de la vente et celui de l'hypothèque. Or, on sait que certaines créances ne peuvent être cédées. La plus considérable et la plus connue des exceptions au droit commun de la cessibilité des droits du patrimoine, est celle qui résulte d'une constitution d'Anastase, l. 22 C. mandati IV, 35. Ce prince décida que le cessionnaire à titre onéreux d'un droit litigieux n'aurait d'action contre le cédé que jusqu'à concurrence de ses déboursés et intérêts. Le créancier qui a reçu en gage une créance litigieuse et qui en poursuit le débiteur se verra-t-il opposer l'exception établie par l'empereur ? Celui-ci n'avait voulu que décourager et écarter les spéculateurs. Or, si le créancier hypothécaire poursuivant se présente en la forme comme un cessionnaire, il n'a pas eu l'intention d'acquérir la créance, il n'a pas spéculé. Aussi est-il permis de douter que la prohibition qui s'adressait à la cession concernât également l'hypothèque, d'autant mieux que le texte même de la constitution d'Anasase paraît décider que, si le débiteur cédé est poursuivi par un tiers qui a acheté au créancier hypothécaire la créance, à lui donnée en garantie, il ne pourra lui opposer ladite exception : « exceptis scilicet cessionibus (1) quas creditor

(2) A première lecture, le texte paraît viser le *pignus nominis* lui-même. Mais, d'après l'économie générale de la constitution, il faut entendre le mot *cessionibus* comme désignant une cession de créance proprement dite, une vente de créance, celle faite par le créancier nanti de la créance reçue en gage.

vel is qui res aliquas possidet pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tutione accepit. »

Muni de son action utile, le créancier garanti poursuivra le débiteur cédé, s'il n'est point payé à l'échéance. Peut-être celui-ci sera-t-il insolvable. En ce cas, il n'a aucun recours contre le constituant, à moins de pacte spécialement adjoint. De droit commun, le cédant ne garantit pas la solvabilité du cédé ; mais il garantit, sauf convention contraire, l'existence de la créance. Si donc la créance n'existe pas ou si elle a été déjà cédée ou hypothéquée, il pourra se retourner contre le constituant par l'action *pignoratitia contraria*, laquelle, dit M. Jourdan (1), ne suppose pas nécessairement la remise d'un objet matériel.

La créance existant et le débiteur étant solvable, l'objet dû peut être un corps certain ou une somme d'argent. Dans ce dernier cas, le créancier ne pourra exiger paiement que jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû. Ses prétentions ne sauraient dépasser l'étendue de son droit. Si le débiteur payait au-delà, il serait responsable envers le constituant, qui n'a cédé sa créance que dans la mesure de sa dette envers le créancier hypothécaire. Celui-ci serait également exposé à une action en répétition du même constituant. Au cas où la créance hypothéquée a pour objet un corps certain, le débiteur le livrera en entier et le créancier acquerra désormais sur cet objet un droit de gage et d'hypothèque. Telles sont les solutions contenues dans la loi 13, § 2, de pignor. XX. 1 : « Si quidem pecuniam debet is cujus nomen pignori datum est, exacta ea cre-

(1) *Etudes de droit romain*, p. 234.

ditorem secum pensaturum : si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. »

Certains interprètes cependant ne donnent pas aux mots « *pignoris loco* » la signification que je leur ai prêtée et n'y voient que l'attribution d'un droit de rétention au profit du créancier. Ce résultat serait manifestement contraire à l'intention des parties, qui est souveraine dans l'interprétation des pactes. L'hypothèque constituée sur une créance de corps certain implique naturellement l'affectation hypothécaire de la chose, dès qu'elle sera payée. Autrement on enlève toute sûreté au créancier hypothécaire, si le débiteur, au mépris de la dénonciation qu'il a reçue, livre la chose au constituant. Au surplus, si l'on n'accorde au créancier garanti qu'un droit de rétention, il vendra la créance au lieu de poursuivre et sera sûr ainsi de se payer de ses propres mains. Toutefois, même dans mon opinion, si le débiteur remettait la chose à un acheteur de la créance, même postérieur à la constitution d'hypothèque, le créancier hypothécaire n'aurait sur la chose aucun droit de suite, car elle serait devenue directement la propriété de l'acheteur.

Par là même que le *pignus nominis* enferme une cession éventuelle de la créance, qui engage le cédé vis-à-vis du cessionnaire, celui-là ne pourra opposer à son action le *beneficium excussionis*. Ce point est universellement admis. Mais il pourra faire valoir toutes les exceptions qu'il pourrait opposer au constituant.

Si, au lieu de poursuivre, le créancier hypothécaire aime mieux vendre la créance, il est entendu qu'il aura le droit de la vendre tout entière. Le mécanisme de

l'hypothèque fonctionne en sa pureté dans ce mode de réalisation. Les principes particuliers à la cession n'ont pas à intervenir.

Les règles organiques de l'hypothèque sont d'ailleurs loin d'être entièrement écartées dans le *pignus nominis*. En voici deux preuves.

Tandis que la cession d'une créance a pour résultat de dessaisir le cédant, plusieurs hypothèques peuvent être successivement constituées sur une même créance. Comment alors se règlera le concours entre les divers créanciers ?

Il faut distinguer suivant qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu *denuntiatio* faite par les créanciers hypothécaires au débiteur de la créance. Aucun d'eux ne l'ayant faite, celui-ci paiera valablement au premier qui se présentera. Et alors, si l'objet dû était un corps certain, les divers créanciers hypothécaires acquerront chacun une hypothèque sur cet objet. Comme je l'ai déjà remarqué, le pacte d'hypothèque doit largement s'interpréter d'après l'intention des parties ; et il n'est pas douteux qu'à ce point de vue l'hypothèque sur la créance n'entraîne l'hypothèque sur l'objet dû. Ces divers créanciers prendront rang selon la date respective de la naissance de leurs droits. Que si la chose due était une somme d'argent et que le créancier poursuivant l'eût consommée de bonne foi, les autres verraient leur droit s'évanouir.

La *denuntiatio* a été faite. Celui qui aura pris cette mesure primera ceux qui ne s'y seront point conformés. Mais la *denuntiatio* saisit-elle celui qui la fait de la créance hypothéquée, de telle sorte qu'une *denuntiatio* ultérieure faite par les autres créanciers serait tardive,

quelle que fût la date respective des titres des divers créanciers ? Je ne le crois pas, en admettant même (ce qui est controversé) qu'en matière de cession pure et simple, la *denuntiatio* saisisse le premier dénonçant. Si les règles de la cession ont été introduites dans l'organisation du *pignus nominis*, c'est à titre de moyen pour réaliser la conception de l'hypothèque des créances. Mais elles n'ont point chassé les règles essentielles du droit d'hypothèque et notamment la règle « *prior tempore potior jure* ». Je crois que les créanciers qui auront dénoncé leurs droits au débiteur viendront au rang déterminé par la date respective des constitutions de ces droits. Autrement on introduit dans le système du *pignus nominis* une sorte de publicité de l'hypothèque, que le droit romain a formellement méconnue. Au surplus qu'on se rappelle la fin pour laquelle fut établie la *denuntiatio*. Elle fut créée pour prémunir le *procurator in rem suam* contre l'exercice de l'action par le cédant. En matière de *pignus nominis*, la *denuntiatio* tend à protéger le créancier hypothécaire contre l'exercice que le constituant voudrait faire du droit qu'il a hypothéqué ; mais elle n'a pas d'effet entre les cocréanciers hypothécaires.

HYPOTHÈQUE DE L'HYPOTHÈQUE, « PIGNUS PIGNORI DATUM ».

Le droit d'hypothèque, qui peut se greffer sur un droit quelconque du patrimoine, pourra se superposer à lui-même. C'est ce que les textes nous confirment en nous présentant le *pinus pignori datum* ou *subpinus*. Essayons d'exposer avec clarté les conditions de ce moyen de crédit.

D'après l'analyse abstraite de sa dénomination, le *pinus pignori datum* évoque l'idée d'un droit d'hypothèque embrassant, selon sa nature, les éléments de patrimoine contenus dans un droit d'hypothèque donné. Mais réfléchissons que l'hypothèque est un droit accessoire, qui ne peut pas se suffire à lui-même, qui ne peut exister que rattaché à une obligation. Il y a nécessairement plus et autre chose dans l'objet du *subpinus* qu'il me faut découvrir.

Imaginez cette situation très simple. Primus doit une somme A à Secundus et lui a remis pour sûreté un gage G. Secundus doit de son côté une somme B à Tertius. Tertius voulant être garanti, Secundus lui remet l'objet G à titre de gage. Et je ne construis pas l'espèce à plaisir : voyez la loi 14 § 3 de div. temp. præsc.

XLIV, 3: « et si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pigneravi. » Or la garantie que reçoit ainsi Tertius ne va guère fortifier ses droits. Car si Primus, s'étant acquitté envers Secundus, revendique l'objet G, quelle défense Tertius lui pourra-t-il opposer, alors qu'entre lui et Primus aucun contrat n'est intervenu ? Secundus a bien cédé à Tertius toutes les facultés que comportait son droit de gage, soit un droit de rétention, un droit de vente des actions possessoires, dans les conditions où il les avait lui-même. Si Primus vient réclamer le gage à Tertius, avant de s'être acquitté envers Secundus, Tertius pourra se refuser à la restitution, comme possédant pour le compte de Secundus. Ajoutez que si Secundus est honnête, lorsque Primus voudra le payer, il le renverra à Tertius, en lui disant de verser entre ses mains, pour reprendre le gage qu'il lui a cédé. Mais si Secundus reçoit le paiement de Primus, tous les droits que Tertius avait acquis sur l'objet G s'évanouissent. Il faut donc absolument pour garantir celui-ci, que Primus ne puisse pas se libérer entre les mains de Secundus. Dans ce dessein, on décida que Tertius, en faisant à Primus la dénonciation du contrat intervenu entre lui et Secundus, le mettrait en demeure d'avoir à payer à lui, Tertius, pour pouvoir retirer son gage.

Qu'on n'objecte pas que Secundus, en livrant le gage à Tertius avant l'échéance de sa créance contre Primus, a excédé ses droits qui n'allaient qu'au pouvoir de vendre l'objet à l'échéance. La chose engagée n'a fait que changer de mains et demeure, au regard de son propriétaire, dans la même condition juridique où il s'en était dessaisi. Celui-ci devra simplement s'acquitter entre

d'autres mains et réclamer la restitution de son gage à un autre détenteur. Il va de soi que Tertius ne saurait vouloir réaliser le gage qu'il a reçu avant l'échéance de la dette de Primus envers Secundus, si sa créance venait à échéance antérieurement.

Au lieu d'un droit de gage sur l'objet G, supposons un droit d'hypothèque au profit de Secundus. Dans l'espèce ci-dessus, nous avons vu celui-ci transmettre à Tertius les droits que comportait son gage. Pourquoi ne pas admettre Secundus, pour garantir sa dette envers Tertius, à lui céder de même, à titre de sûreté, les droits compris dans l'hypothèque qu'il tient de Primus? Le droit romain qui, dans le progrès de son évolution, passa du *pignus* à l'*hypotheca*, devait particulièrement passer du cas particulier du *pignus pignoris* à l'*hypotheca hypothecæ*. Et ces deux conventions finissent par être comprises sous la dénomination commune de *pignus pignoris*. Alors Tertius, au lieu d'un droit de *retentio* sur l'objet G, aura un droit de *persecutio* sur cet objet, celui qu'avait Secundus, et qu'il exercera dans les mêmes conditions, tant au point de vue de l'échéance, qu'au point de vue de la quotité de la dette. Nous en avons pour preuve la loi 40 § 2 de pign. act. XIII, 7: « soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet; nec quicquam amplius præstare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur. » Le texte ne dit pas à qui il faut payer: *domino solvente pecuniam quam debuit*; mais j'ai démontré que la garantie n'était efficace que si le paiement devait être fait au

second créancier, qui s'assurait ce bénéfice par la *denuntiatio* au débiteur de l'hypothèque à lui consentie.

Le jeu de l'opération juridique désignée sous le nom de *pignus pignoris* étant ainsi mis à nu, nous pouvons voir quel est exactement l'objet sur lequel porte le droit du concessionnaire. Les uns ont dit : c'est le droit d'hypothèque lui-même ; d'autres : c'est la chose hypothéquée qui est elle-même hypothéquée à nouveau ; d'autres enfin : c'est la créance garantie par l'hypothèque. Qui a raison ? Nous avons vu qu'au fond des choses le constituant cède *pignoris loco* ses droits de créancier hypothécaire. Ce ne peut être son droit d'hypothèque seul qu'il a cédé : j'ai expliqué que l'hypothèque ne peut exister ni se mouvoir sans le support indispensable de la créance qu'elle garantit. Quant à dire que le constituant hypothèque à son tour la chose qui lui a été hypothéquée, si l'on y regarde de près, cette opinion se ramène à la précédente, la constitution d'hypothèque que veut faire le constituant se traduisant nécessairement par la cession de son propre droit. La vérité juridique est donc de considérer le *pignus pignoris* comme une variété de *pignus nominis*. Mêmes résultats au profit du concessionnaire, confirmées d'ailleurs par les deux textes suivants : « Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est », dit la loi 13 § 2 de pignor. XX, 1. Dans la mesure de la créance du premier créancier, le second créancier aura, s'il est nanti du gage, le droit de *retentio* et une action personnelle utile pour en obtenir la possession. Plus loin, le jurisconsulte dit, d'une manière très précise, que le

concessionnaire a une hypothèque sur l'objet de la créance du concédant, lorsque celui-ci est un corps certain, tout comme nous avons vu qu'il en était ainsi en matière de *pignus nominis* : « si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem », loc. citat.

HYPOTHÈQUE GÉNÉRALE DE TOUS LES BIENS.

La constitution d'hypothèque peut comprendre l'ensemble de tous les biens particuliers que nous venons de passer en revue, porter sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

Le domaine naturel de l'hypothèque générale est l'hypothèque légale. Lorsque le législateur veut, par une faveur spéciale, munir d'un privilège ou d'une hypothèque certaine créance, si aucune circonstance ne désigne spécialement un bien qui la supporte, il sera naturel de l'appuyer sur tout le patrimoine du débiteur. C'est ainsi que le fisc jouit d'une hypothèque légale sur tous les biens de certains de ses créanciers ; les impubères, mineurs, aliénés, sur les biens de leurs tuteurs et curateurs ; les enfants sur les biens du père ou de la mère ; la femme mariée, à raison de sa dot, de ses paraphernaux et de la donation *propter nuptias* ; le mari, sur les biens de celui qui a constitué la dot pour en assurer le paiement.

Mais l'hypothèque générale était également entrée dans la convention et la clause en était devenue à peu près courante, au dire de la loi 15, § 1, de pignor. XX, 1. Elle pouvait d'ailleurs revêtir les formes les plus diverses : *fidei et periculo rerum ad me perti-*

nentium ; ou bien : *per rerum exactionem satisfieri tibi promitto* ; ou tout simplement : *res meas suppono*. Ces formules étaient présumées désigner les biens à venir aussi bien que les présents. Justinien convertit la pratique en décision législative par la loi 9, C. quæ res pign., VIII, 17.

Cette hypothèque générale n'est pas, à proprement parler, une hypothèque du patrimoine du débiteur. Elle n'a pas pour objet ce patrimoine tel qu'il se comporterait au moment où le créancier exercera son droit. Celui-ci n'a pas autorisé des aliénations que compenseraient des acquisitions en retour, comme au cas de l'hypothèque d'une *taberna* (1). Nous sommes plutôt en présence d'une collection d'hypothèques spéciales portant respectivement sur chacun des biens qui, faisant partie ou ayant fait partie pour un temps du patrimoine du débiteur, peuvent faire l'objet d'une hypothèque : immeubles, meubles, droits réels, créances, jusqu'à l'esclave même qui, par ordre du maître, a consenti l'hypothèque : « si sciente et consentiente domino, servus ut omnia bona domini pignori obligata essent convenit, ipsum quoque qui cavit, obligatum esse pignoris jure (l. 29, § 3, de pign. XX, 1) nomen quoque debitoris pignori et generaliter et specialiter posse » (loi 4 C., quæ res pign., VIII, 17).

(1) Par ce côté, l'absence de droit de suite, l'hypothèque du patrimoine se rapprocherait du privilège, simple droit de préférence qui tient à la qualité du créancier ou à la cause de la créance. Là s'arrête d'ailleurs l'analogie. A la différence de ladite hypothèque, le privilège ne comporte pas le *jus distrahendi* et ne s'exerce qu'après la vente en masse des biens du débiteur et au moment où il s'agit d'en distribuer le prix ; de plus, il est primé par toute hypothèque, même postérieure en date ; enfin, entre les divers privilèges, les rangs s'établissent sans égard à l'ancienneté, d'après la qualité des personnes ou des créances.

Partant, si le débiteur fait sortir un de ses biens de son patrimoine, celui-ci emporte avec soi la charge de l'hypothèque, *cum suo onere transit*. Toutefois le créancier a pu consentir au débiteur l'aliénation franche de telle chose déterminée. Et alors si cette chose venait à rentrer aux mains de son ancien propriétaire, elle y reviendrait sans tomber sous le coup de l'hypothèque générale qui frappe tout le patrimoine : « quibusdam dicentibus jus pignoris renovari propter verbum futurarum rerum. . . . aliis penitus extingui. . . . nobis visum est, eum qui semel consensit alienationi et hoc modo suum jus respuit, indignum esse eandem utpote ab initio ei suppositam vindicare », l. 11 C. de remiss. pign., VIII, 26. J'ajoute que la jurisprudence, devant la fréquence de la clause d'hypothèque générale, considéra certaines choses comme en ayant été tacitement exceptées par le concédant : « obligatione generali rerum quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quæ verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse : ut puta supellex ; item vestis relinquenda est debitori ; et ex mancipiis, quæ in eo usu habebit ut certum sit eum pignori daturum non fuisse », (l. 6 de pign. XX, 1). Décision inspirée des mêmes idées qui ont fait établir par l'article 592 C. p. c. certaines exceptions à la règle de l'article 2092 C. c.

Sous ces réserves, le créancier à hypothèque générale pourra se venger sur tel bien qu'il lui plaira de choisir, sans qu'un créancier à hypothèque spéciale lui puisse opposer une sorte d'exception de discussion, le renvoyer sur les autres biens qui suffiraient à le désintéresser : « qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo

potior est, cui postea prædium ex his bonis datur, quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit », (l. 2 qui potior, XX, 4.) Pour qu'un des biens du débiteur pût échapper à la poursuite première du créancier, il faudrait que celui-là eût formellement stipulé son exclusion de l'hypothèque générale qu'il a consentie ; et, en ce cas, s'il a hypothéqué spécialement à un second créancier ledit bien, ce dernier sera considéré comme seul créancier hypothécaire sur ce bien, au cas où le reste du patrimoine suffirait à désintéresser le créancier muni d'une hypothèque générale : « quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cætera bona pignori haberentur, si pecunia de his quæ generaliter accepit, servari non potuisset : deficiente secunda conventionione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus invenietur », cod. loc. cit. Cependant, il semble bien difficile d'admettre que le créancier nanti d'une hypothèque générale pût, par des dénonciations, saisir-arrêter dans les mains de tous les débiteurs les sommes ou objets dûs. C'eût été paralyser la gestion d'un patrimoine (1).

La théorie de l'hypothèque générale de tous les biens soulève une question qui est, sans contredit, la plus délicate de la matière. Il entre dans le cadre de ce travail de l'exposer et de la discuter, parce qu'elle est comme un élément nécessaire à la pleine intelligence de la notion de l'hypothèque des biens à venir. Je veux dire la question du concours de deux créanciers, ayant reçu du même débiteur, à des dates différentes, une hypothèque sur ses biens présents et à venir. Si, posté-

(1) Jourdan, *L'hypothèque*, page 307.

rieurement à la constitution de ces deux hypothèques, le débiteur acquiert de nouveaux biens, la double hypothèque les frappera t-elle à la même date, celle de leur acquisition, de telle sorte que les deux créanciers seraient au même rang ; ou bien chacune desdites hypothèques prendra-t-elle date suivant les époques respectives de leur constitution, conformément à la règle « *prior tempore, potior jure?* » Le même conflit peut d'ailleurs se rencontrer entre un créancier à hypothèque générale et un créancier qui, postérieurement à ce dernier, aurait reçu du débiteur une hypothèque spéciale sur tel ou tel bien, au cas où il l'acquerrait dans la suite.

Cette controverse divise les romanistes depuis des siècles. J'estime, pour mon compte, qu'elle doit se résoudre par application de la règle organique du système hypothécaire romain : le premier en date est le premier en droit. Pour y déroger, il faudrait qu'on nous opposât des raisonnements péremptoires ou des textes concluants.

Or l'hypothèque, une fois établie, ne saurait, me semble-t-il, être compromise par un fait ultérieur du constituant. « Si j'ai pu grever valablement mon patrimoine futur au profit d'un premier créancier, dit excellemment M. Machelard (1), il ne doit plus m'être permis désormais d'affecter le même gage à un autre, si ce n'est sous la charge dont il est déjà frappé. Sans cela, il dépendra du débiteur de diminuer autant qu'il le voudra, par de nouveaux engagements, la sûreté qu'il a constituée. » M. Jourdan (2) objecte que je ne puis pas

(1) *Texte de Dr. rom.*, 1836, p. 437.

(2) *Loc. cit.*, p. 308.

constituer un droit réel sur une chose qui ne m'appartient pas, qui est complètement indéterminée. Que veut dire le savant auteur ? Ses adversaires ne prétendent pas que l'hypothèque établie sur un bien à venir donne dès maintenant un droit portant sur un objet défini. Ils produisent seulement cette affirmation indéniable qu'en l'espèce, le droit d'hypothèque a été constitué sans doute *in abstracto*, en l'air, si je puis dire, mais déjà revêtu d'un caractère fixe, constant, à savoir la qualité qu'il tire de la date de sa naissance. Dès que l'objet, qui est, pour ainsi parler, sous la menace de l'hypothèque, entrera dans le patrimoine du débiteur, il en sera enveloppé suivant les conditions natives de sa constitution. Et il me semble inutile d'en dire plus long, en ce qui concerne les principes, notamment de faire intervenir la rétroactivité de la condition, en considérant l'hypothèque d'une chose à acquérir comme conditionnelle. Cette intervention ne me paraît pas conforme, si j'ose dire, à une exacte psychologie juridique, et je suis tout disposé, à l'exemple de M. Jourdan, à voir dans l'espèce présente une nécessité juridique, *conditio juris*, plutôt que la situation exacte qui définit la condition, *vim conditionis*.

Consultons à présent les textes. Si quelques-uns semblent réfractaires à notre thèse, il faudra les soumettre à une interprétation réfléchie et ne les admettre contre nous que s'ils ne peuvent aucunement recevoir une signification conforme. Cette méthode tire sa force et comme ses droits de ce que je viens de dire en exposant combien les principes s'accordaient avec notre solution.

Le texte principal que nous revendiquons à notre

appui est la loi 21 pr. qui potiores XX. 4 : « Titius Seia ob summam qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quæ habebat quæque habiturus esset : postea, mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit et intulit Seia partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quæsitum est, an Seia præferenda sit fisco et illis rebus quæ Titius, tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur ? Respondit : nihil proponi cur non sit præferenda. » Titius, condamné envers Seia à une certaine somme, par suite d'une gestion de tutelle, hypothèque au profit de celle-ci tous ses biens présents et à venir. Plus tard il emprunte de l'argent au fisc auquel il hypothèque tous ses biens. Puis il paie à Seia une partie de sa dette et, à l'égard du reliquat, il fait avec elle une novation, mais où il lui conserve la même garantie d'hypothèque générale. Seia doit-elle être préférée au fisc non seulement sur les biens que Titius possédait lors de sa première obligation, mais encore sur ceux qu'il a acquis postérieurement, et cela jusqu'à ce qu'elle soit complètement désintéressée ? Le jurisconsulte répond que Seia doit être préférée. - Je note particulièrement que la novation consentie par Seia postérieurement au prêt fait par le fisc réserve formellement pour la seconde obligation les hypothèques attachées à la première, avec leurs dates.

Ne résulte-t-il pas de cette loi que les deux créanciers à hypothèque générale, Seia et le fisc, ne concourront pas sur les biens ultérieurement acquis, mais viendront

au rang déterminé par les dates des conventions d'hypothèque ?

Mais on nous objecte que le fisc n'a reçu, dans l'espèce, qu'une hypothèque sur les biens présents de Titius, ceux qu'il avait au jour de l'emprunt, *res suas omnes* ; que Seia seule a été garantie sur les biens à venir. Le texte que nous invoquons serait ainsi étranger au débat. Je ne crois pas que son économie générale autorise cette interprétation de l'opinion adverse. Il faut alors renfermer l'acquisition des choses *quas Titius post priorem obligationem adquisiit* dans l'intervalle qui sépare l'obligation contractée avec Seia et l'emprunt fait au fisc. De quel droit ? De quel droit même ne rapporter les mots « *res suas omnes* » qu'aux seuls biens présents, lorsque surtout, comme je l'ai dit plus haut, la pratique, avant la constitution de Justinien qui la fixa, était très large à interpréter, dans le sens d'une hypothèque de tous biens présents et à venir, les formules diverses par lesquelles les parties se consentaient une hypothèque générale ?

J'appuierai encore ma thèse de la décision de la loi 3 § 1 qui potiores XX, 4, qui a trait à l'hypothèque d'une chose à venir déjà due au constituant : « Cum ex causa mandati prædium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit : prioris causam esse potiozem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset ; verum in ea quantitate, quam solvisset, ejusque usuris potiozem fore constaret : nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem præferendum ». Un mandataire de Titius a acheté pour lui un fonds. Avant que

ce mandataire ne lui en ait fait tradition, Titius l'a hypothéqué. Après tradition, il hypothèque le fonds à un second créancier. L'hypothèque du premier créancier primera celle du second. Toutefois si celui-ci avait payé le prix du fonds au mandataire, il serait préféré dans la mesure de la somme payée, à moins que le premier créancier ne lui offrit de le rembourser. Que si le débiteur a payé son mandataire avec d'autres deniers, c'est le premier créancier qui sera préféré.

Le créancier premier en date est formellement déclaré devoir être premier en rang hypothécaire.

Mais on objecte que la priorité en rang du premier créancier est due, dans l'espèce, à une autre cause que l'époque antérieure de la naissance de son droit : elle proviendrait de ce que le fonds a été livré à Titius par son mandataire alors que l'hypothèque du second créancier ne lui avait pas encore été consentie. — La partie finale du texte permet d'écarter cette objection, en nous donnant à entendre que le prix n'avait pas été payé au mandataire *tradens*, et, partant, que la tradition n'avait pas transféré à Titius la propriété du fonds. M. Jourdan (1) réplique que le mandataire n'a pas livré le fonds comme vendeur, mais pour accomplir son obligation *ex mandato*, par suite que sa tradition a dûment transféré la propriété. Je crois qu'à y regarder de très près, sa réplique ne porte point. Est-ce bien l'obligation *ex mandato* qui est la cause directe de la tradition effectuée par le mandataire ? Est-ce que la reddition des comptes d'un mandataire chargé d'acheter ne s'analyse pas exactement en ceci : que le mandataire revend

(1) Loc. citat, page 366.

proprio sensu au mandant le fonds acheté par lui, sur le mandat qu'il avait accepté. Sans doute la tradition par laquelle il exécutera cette revente aura pour *causa remota* une obligation *ex mandato*, mais elle aura pour *causa proxima* un prix à toucher, qui fera rentrer le mandataire dans ses déboursés.

Je me prévaudrai, en troisième lieu, de la loi 9, § 3 qui potior XX, 4 : « Titia prædium alienum Titio pignori dedit, post Mævio. Deinde domina ejus pignoris facta, marito suo in dotem æstimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mævii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris invenitur. In proposito autem maritus emptoris loco est, atque ideo, quia neque tum quum Mævio obligaretur, neque quum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri quo pignus Mævii convalescere possit. Hæc tamen ita si bona fide in dotem æstimatum prædium maritus accepit, hoc est si ignoravit Mævio obligatum esse. » Titia constitue une hypothèque sur la chose d'autrui au profit de Titius, puis de Mævius. Elle acquiert la chose et la donne en dot avec estimation à son mari. Titius est payé. L'hypothèque de Mævius ne va pas pour cela prendre corps et lui donner action. Il en serait ainsi si la chose hypothéquée était restée aux mains du constituant. Mais, dans l'espèce, elle a été vendue au mari ; le droit de Mævius n'a donc jamais pu se fixer. Cela n'est vrai, toutefois, que si le mari a ignoré l'hypothèque consentie à Mævius.

Le jurisconsulte distingue nettement, dans cette espèce, un premier créancier hypothécaire, Titius, un second créancier, Mævius. Si les créanciers antérieurs

devaient concourir sur les biens futurs, cette distinction n'aurait pas de raison d'être. L'inférence me paraît inattaquable et la solution que je demande au texte, certaine. Elle y est sans doute mêlée à d'autres idées. Mais je vais les dégager, afin qu'on l'en sépare et qu'elle prenne tout son relief.

Lorsqu'un créancier a reçu une hypothèque d'un *non dominus*, l'acquisition ultérieure de la chose par le constituant fait naître à son profit une action utile, s'il est de bonne foi. (L. 5 C., si aliena res, VIII, 16). Or, le précédent texte suppose deux créanciers à qui un *non dominus* a constitué hypothèque à des dates différentes. En même temps qu'il donne le premier rang au premier en date, il ne fait naître l'action utile au profit du créancier postérieur qu'après que le créancier antérieur aura été désintéressé. Dès lors, si à ce moment la chose n'est plus entre les mains du constituant, le second créancier n'aura aucun droit sur cette chose. En effet, l'action ne peut lui être donnée, l'espèce de droit *ex æquo* créé par le prêteur ne peut naître, ou tout au moins passer à l'acte, faute de cette condition primordiale que la chose, objet du droit, appartienne au constituant.

Aux trois textes dont j'appuie ma thèse, on oppose la loi 7 § 1, qui potiores, XX, 4 : « Si tibi, quæ habiturus sum obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe quum res ex nummis pignoris empta non sit pignoris ob hoc solum quod pecunia pignoris erat. » Après vous avoir consenti

une hypothèque sur tous mes biens présents et à venir, je donne à Titius une hypothèque spéciale sur le fonds A pour le cas où je l'acquerrais, et en effet je l'achète. Le jurisconsulte estime que Titius et vous, viendrez en concours sur ce bien. Peu importe que j'aie acheté ce fonds de mes deniers : de ce que le bien a été acheté avec des écus à vous hypothéqués, il ne s'ensuit pas que votre hypothèque, qui portait sur ces écus, se reporte, avec ses caractères, sur la chose qu'ils ont servi à acheter.

Deux créanciers ayant reçu hypothèque sur un même bien à venir, à deux dates différentes, viennent néanmoins en concours sur ce bien : voilà, dit-on, la règle générale, et l'argument semble concluant.

Je répondrai que ce texte ne prévoit point la question qui nous divise. L'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale qui sont en conflit ont dû être consenties à la même date. Je remarque l'absence du mot *postea* ou d'un synonyme, indiquant la postériorité de la seconde hypothèque, comme nous l'avons vu dans la loi précitée. J'ajoute que si le créancier à hypothèque générale eût précédé en date le créancier à hypothèque spéciale, il n'eût pas manqué d'en prétendre avantage. Il prétend seulement que la chose acquise pourrait bien être subrogée aux écus qui l'ont payée et partant le garantir exclusivement au créancier spécial qui n'avait pas hypothèque sur les écus.

HYPOTHÈQUE PORTANT SUR LES ACCESSOIRES DE LA CHOSE

Les choses ne conservent pas une valeur invariable, elles reçoivent des accroissements soit économiques, soit juridiques, soit naturels. Je dois considérer ceux-ci dans leurs rapports avec l'hypothèque portant sur la chose principale.

L'augmentation de valeur que la chose peut devoir aux fluctuations du marché profite naturellement au créancier hypothécaire. J'en dirai autant des améliorations que lui apporte une administration plus heureuse du propriétaire, comme des plantations faites sur un fonds. (Loi 16 § 2 de pign., XX, 1).

Quid de l'extinction des servitudes passives ou de l'acquisition de servitudes actives ? La loi 18 § 1 de pign. act. XIII, 7, décide, à l'égard de l'usufruit, que, celui-ci venant à se réunir à la nue propriété, il grossit la garantie du créancier qui avait hypothèque sur cette nue propriété. Toutefois, si les améliorations de cette espèce avaient été obtenues à prix d'argent par un tiers acquéreur de bonne foi, ce dernier serait fondé à opposer à l'action hypothécaire du créancier une exception de dol tendant à se faire indemniser *quatenus pretiosior res facta est* (L. 29 § 2 de pign. XX, 1).

Une incorporation matérielle intime soumet la chose incorporée à l'hypothèque portant sur la chose principale : ainsi l'alluvion qui s'ajoute à un fonds hypothéqué, le sol sur lequel est bâtie une maison grevée d'hypothèque (L. 16 pr. de pign. XX, 1 ; l. 29 § 2 de pign. XX, 1).

Il y a des relations de choses créées par le propriétaire dans un but économique, comme celle du pécule et de l'esclave. Est-ce que l'hypothèque de la chose principale entraîne celle de la chose accessoire ? La question, dans cet ordre d'idées, se résout par l'interprétation naturelle de l'intention des parties, lorsque la convention est muette. La loi 1 § 1 de pign. XX, 1, décide que l'hypothèque de l'esclave n'entraîne pas l'hypothèque de son pécule.

Mais l'accroissement, dont l'étude, au point de vue qui nous occupe, est la plus intéressante, est celui des fruits, c'est-à-dire des produits périodiques de la chose hypothéquée.

En principe, les fruits de la chose hypothéquée doivent être considérés comme hypothéqués avec elle. A cet égard, les textes ne laissent aucun doute. Je n'en citerai qu'un seul en manière de preuve, le plus général, la loi 3 C. in quibus caus. pign. tacit., VIII, 15 : « Quamvis fructus pignori datorum prædiorum, et si id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse, prædia tamen quæ emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli prudentium placuit. » Mais je n'hésite pas à apporter à ce principe une importante restriction. Il est inadmissible que l'affectation des fruits par l'hypothèque constituée sur la chose comporte toutes les charges naturellement comprises dans le droit

d'hypothèque. J'admets que le débiteur était autorisé non seulement à les consommer directement, mais encore à les aliéner, dans la mesure de l'administration et de la jouissance. Autrement il se fût mis dans une situation intolérable, qui eût, au cas d'une hypothèque générale, absolument paralysé l'administration de tout le patrimoine. Je ne fais ainsi que consacrer l'intention certaine des parties, qui est souveraine dans l'interprétation des simples pactes.

Cette hypothèque des fruits, tacite ou expresse, est une hypothèque portant sur des choses futures. Car tant que les fruits ne sont pas séparés de la chose, soit un fonds qui les produit, ils en font comme partie, ils ne peuvent être l'objet distinct d'un droit quelconque. On peut seulement, en prévision du jour de leur individualisation, les considérer comme choses futures : « Et quæ nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecæ dari possunt : ut fructus pendentes, partus ancillæ, fœtus pecorum et ea quæ nascuntur sint hypothecæ obligata », dit la loi 15 pr. de pign. XX, 1).

Partant, l'hypothèque des fruits se comportera comme une hypothèque sur choses futures : elle ne passera à l'acte que si, au moment de la séparation des fruits, de leur individualisation, ceux-ci sont la propriété du constituant ou de ses héritiers : *si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit, vel heredem ejus*, dit la loi 29, § 1 de pign. XX, 1. Elle tombera au cas contraire : *ceterum si apud alium dominum pepererunt, non erunt obligata*, continue la même loi. Ainsi en sera-t-il si le fonds a été aliéné ou se trouve entre les mains d'un possesseur de bonne foi : en ce cas, les fruits, en tant qu'objet distinct susceptible d'hypothèque,

n'ont jamais été la propriété du constituant, *numquam debitoris fuerunt*. (Loi 1, § 2 de pign. XX, 1). Que si le fonds a été donné à bail ou grevé d'usufruit, j'affranchirais encore de l'hypothèque les fruits perçus par le fermier ou l'usufruitier. Sans doute on peut objecter que, ceux-ci ne gagnant les fruits que par la perception, ces fruits sont tombés sous la propriété du constituant dans l'intervalle de la séparation à la perception. Mais, outre la dureté d'une pareille solution, est-ce que le plus souvent la séparation et la perception ne se confondront pas dans une même et simple opération ? Si le fonds est entre les mains d'un possesseur de mauvaise foi, lequel ne fait jamais les fruits siens, l'hypothèque les frappera au moment de leur individualisation. Partant, si le créancier intente contre ce détenteur l'action servienne, la *condemnatio* devra comprendre les fruits qu'il a perçus. Cependant la loi 16 § 4 de pignor XX, 1 semble la restreindre aux fruits encore existants : « *Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam de fructibus condemnet : quid enim si minoris sit prædium, quam debetur ? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi extant et res non sufficit.* » Le texte ne distingue pas entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE « QUI S'OBLIGE OBLIGE LE SIEN »

ET DES

TEMPÉRAMENTS QU'ELLE PEUT RECEVOIR DE LA VOLONTÉ DE L'HOMME

CHAPITRE PREMIER.

Signification et portée exactes de la règle « Qui s'oblige oblige le sien ».

C'est une des principales règles de la théorie des obligations que le créancier, envers qui un débiteur est personnellement obligé, est investi d'un droit de gage portant sur tout le patrimoine de celui-ci. Le droit de saisie, la faculté d'exercer les droits et actions du débiteur et l'action paulienne en forment la sanction. Notre ancien Droit formulait ce principe dans la maxime « *Qui s'oblige oblige le sien* », et l'art. 2092 C. c. le consacre en ces termes : « Quiconque s'est obligé personnelle-

ment, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers.

Ce droit du créancier accompagne toute obligation *personnelle*. Peu importe d'ailleurs qu'elle grève le débiteur par un acte de sa volonté ou à son insu ou même contre son gré. L'art. 2092 C. c. protège tout aussi bien les droits d'un gérant d'affaires contre le maître, que ceux d'un bailleur contre son locataire. Si ce texte semble ne désigner littéralement que ceux qui se seraient obligés volontairement, le sens plus large que je lui attribue n'est pas douteux.

Le patrimoine du débiteur personnel est ainsi constitué la garantie du paiement de l'obligation, dans la mesure de celle-ci, telle qu'elle est déterminée par sa cause. Car, naturellement, la charge réelle ne saurait être onéreuse au delà de l'étendue de l'engagement personnel. Celui qui est personnellement obligé est bien tenu sur tout son patrimoine, mais seulement *quantum obligatur*.

Cette proposition si simple est souvent méconnue. On se laisse aller à confondre l'obligation personnelle avec l'obligation indéfinie. Voici cette confusion se glissant dans deux importantes théories, celles de l'obligation des légataires universels et à titre universel et des successeurs irréguliers aux dettes et charges de la succession qu'ils recueillent.

Selon la jurisprudence, suivie d'ailleurs par des auteurs considérables (1), les légataires universels ou à titre universel sont, toujours et sans distinction, tenus

(1) Voy. Demolombe, XV, p. 440 ; Aubry et Rau, VII, p. 496 ; Cass. 13 août 1851, D. 1851, I. 281.

ultra vires des dettes et charges héréditaires, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire.

Je ne saurais mieux traduire son principal argument qu'en me référant à M. Demolombe, qui s'en est fait le défenseur. « Aux termes de l'art. 1009 C. c., dit-il, le légataire universel, en concours avec un héritier à réserve, « est tenu des dettes et charges de la succession du *de* « *cujus* personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout ; et l'art. 1012 C. c. dispose de « même que le légataire à titre universel est tenu personnellement pour sa part et portion Or, aux termes « de l'art. 2092 C. c., quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous « ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. « Donc, le légataire universel ou à titre universel est « tenu des dettes et charges de la succession, pour le « tout ou pour sa part et portion indéfiniment sur tous « ses biens » Ces articles 1009 et 1012 sont d'autant plus décisifs qu'ils s'expriment à l'égard des légataires universels ou à titre universel dans les mêmes termes absolument que l'art. 873 C. c. emploie à l'égard des héritiers légitimes.

On ajoute que l'opinion contraire invoquerait vainement l'ancien droit coutumier dans lequel les légataires universels ou à titre universel n'étaient tenus qu'*intra vires* : car ils n'y étaient point considérés comme des *débiteurs personnels*. Ces expressions sont celles-là même de Pothier au chap. 5, art. 3 § 1, de son Traité des Successions. De sorte qu'en décrétant que les légataires universels ou à titre universel sont obligés personnellement, le Code contredit l'ancienne coutume et les oblige *ultra vires* aux dettes et charges de la succession.

Il aurait ainsi supprimé la distinction traditionnelle entre les successeurs aux biens et les successeurs à la personne. Il n'aurait entendu laisser subsister, si ce n'est quant à la saisine légale, aucune différence entre les diverses personnes qui succèdent à titre universel ou par le vœu de la loi ou par la volonté de l'homme. Au surplus, cette assimilation serait attestée par l'art. 1002 C. c., qui ne subordonne pas les effets des dispositions testamentaires, universelles ou à titre universel, à leur dénomination d'institution d'héritier ou de legs. Ne serait-elle pas encore plus conforme à la vérité du fait ? Car l'hérédité n'étant autre chose que l'universalité juridique des droits actifs et passifs du défunt, quiconque succède à cette universalité en tout ou en partie est en réalité un héritier dans le sens large et élevé du mot.

Il ne tiendra d'ailleurs qu'aux légataires universels ou à titre universel de s'affranchir de l'obligation *ultra vires* aux dettes de la succession, en s'assurant le bénéfice d'inventaire par l'accomplissement des formalités indiquées aux articles 793 et suiv. du Code civil. Il est vrai que la loi ne leur concède nulle part la faculté d'accepter sous cette réserve, mais n'est-elle pas la conséquence naturelle et le correctif indispensable de l'obligation aux dettes *ultra vires* ? Une libéralité ne doit pas pouvoir être onéreuse à celui que le disposant a voulu gratifier. Et puis, qui peut contester que les articles du titre des Successions, qui règlent les relations des successeurs universels soit entre eux, soit à l'égard des créanciers, ne soient applicables aux légataires universels ?

Cette doctrine me paraît fausse, et j'estime que les légataires universels ou à titre universel ne sont jamais

que de simples successeurs aux biens et ne sauraient être tenus *ultra vires* que faute de pouvoir justifier de la consistance de leur émolument.

L'assimilation qu'on prétend faire entre le légataire universel ou à titre universel et l'héritier n'est-elle pas démentie plutôt que confirmée par l'art. 1002 C. c. ? Ce n'est pas le légataire universel que ce texte assimile à l'ancien héritier institué, mais bien plutôt l'héritier institué qu'il assimile au légataire universel. La preuve en est que ce texte a été ajouté sur la demande du Tribunat, tout exprès pour affirmer « que tous les effets « attachés par les lois romaines au titre d'héritier testaméntaire sont désormais entièrement détruits. » Fenet Tome XII, p. 459.

D'ailleurs la continuation de la personne du défunt par son successeur, qui devient son représentant tenu de toutes les obligations qui le grevaient, loin d'être conforme à la vérité logique, me semble plutôt une idée artificielle, factice, créée par le législateur greffant une solidarité juridique sur la solidarité du sang. Elle ne doit pas être admise à l'égard d'un successeur universel en l'absence d'un texte qui la lui applique et établisse à sa charge cette espèce de métempsychose de la personnalité juridique.

Puis à quelles conditions et de quel droit accorde-t-on aux légataires universels ou à titre universel le bénéfice d'inventaire qui, dit-on, vient naturellement à leur aide ? Si l'obligation *ultra vires* est conforme à l'essence de la succession à une universalité, au moins est-il besoin d'un texte formel pour établir un moyen d'y échapper.

Mais le fond même de l'argumentation qu'on nous oppose contient une erreur capitale dérivant de la mé

connaissance complète du vrai sens de la règle « Qui s'oblige oblige le sien ». Les articles 1009 et 1012 C. c. déclarent les légataires universels ou à titre universel tenus personnellement. Or, dit-on, l'obligation personnelle dont ceux-ci sont grevés existe avec toutes ses conséquences légales du moment où ils sont saisis des biens de la succession, soit par la saisine légale, soit par la délivrance du legs. L'article 2092 C. c. détermine ces conséquences légales : c'est l'affectation au paiement des dettes et charges de la succession de tous les biens mobiliers et immobiliers desdits légataires, c'est-à-dire l'obligation de payer toutes ces dettes et charges, à quelque chiffre qu'elles s'élèvent. — Le sophisme est flagrant. Les légataires universels ou à titre universel, étant personnellement obligés aux dettes et charges successorales, en sont bien tenus sur tous leurs biens présents et à venir, mais dans la mesure seulement de leur obligation personnelle. Cette mesure, on la proclame indéfinie, comme si l'art. 2092 la déclarait telle. On ne voit pas que les mots « *tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers* » n'ont d'autre signification que d'attribuer au droit de gage conféré aux créanciers par l'art. 2092 une assiette s'étendant sur tout le patrimoine du débiteur, qui est ainsi indéterminément engagé.

Il est vrai qu'on rapproche les art. 1009 et 1012 de l'art. 873 C. c. qui concerne les héritiers légitimes. On y relève une similitude de rédaction, les mots « *personnellement pour leur part et portion* » se retrouvant dans les trois articles. On en veut inférer que les obligations des deux espèces de successeurs ont la même étendue. Mais cette induction est absolument injustifiée.

Ce n'est pas, en effet, l'art. 873 qui établit à la charge des héritiers légitimes le principe de leur obligation *ultra vires* aux dettes héréditaires. Ce texte répond seulement, dans l'intention du législateur, à la question de savoir dans quelle mesure les créanciers héréditaires peuvent poursuivre chacun des héritiers. Il oppose l'action personnelle à l'action hypothécaire, tirant les conséquences du principe de la division des dettes et du caractère indivisible de l'hypothèque. Et les art. 1009 et 1012 tranchent à l'égard des légataires la même question. Il faut déduire l'étendue des obligations respectives de l'héritier légitime et des légataires universels ou à titre universel du principe même de ces obligations. Or ce principe n'est pas identique. L'héritier légitime, à raison des liens de famille qui le rattachent au défunt, est constitué continuateur de sa personne ; les obligations du *de cujus* passent en lui, il est tenu comme celui-ci l'était lui-même. Au contraire, le légataire qui recueille une universalité ou portion d'universalité est un simple successeur aux biens, selon la notion normale et naturelle de la succession. S'il est tenu des dettes et charges qu'elle comporte, c'est en vertu de la règle rationnelle « *bona non sunt nisi deducto ere alieno* ». Partant, il n'endossera les obligations de l'hérédité que dans la mesure même de son émolument. Le passif héréditaire le grève comme une charge de l'actif dont il profite et non point comme une charge lui provenant d'une succession à la personne même de l'obligé. L'arrêt de 1851, que j'ai cité, dit que l'obligation du légataire universel ou à titre universel ne se mesure pas à l'importance des biens que ce dernier a recueillis, mais à la portée de son titre même.

Mais la portée de son titre de successeur aux biens ne dépasse pas l'importance des biens recueillis, elle s'y mesure exactement. Dans ces limites, il sera bien personnellement obligé envers les créanciers héréditaires qui pourront poursuivre leur paiement sur ses propres biens, mais ne pourront réclamer de lui au-delà de la consistance de l'actif qu'il a recueilli, constatée d'ailleurs par un inventaire ou quelque acte équivalent.

Vainement se prévaudrait-on de la confusion qui, par la délivrance du legs, s'opère entre les biens de la succession et ceux des légataires universels ou à titre universel, confusion qui entraînerait, pour ces derniers, l'obligation de répondre indéfiniment des dettes héréditaires. Ce serait toujours la même équivoque dont on s'abuserait. La confusion impose bien au successeur l'obligation d'acquitter sur son propre patrimoine les charges dont l'objet transmis peut être grevé, mais elle ne l'y soumet que dans la mesure de la valeur des biens qui sont entrés dans ce patrimoine; à moins qu'il n'existe, en dehors de la confusion, une autre cause qui l'oblige à en répondre d'une manière indéfinie. J'ai montré qu'elle n'existe pas.

Certains auteurs adoptent une transaction entre les deux doctrines opposées que je viens d'exposer sur l'obligation des légataires universels ou à titre universel aux dettes et charges de la succession du testateur (1). Ils soumettent à l'obligation *ultra vires* le légataire universel non en concours avec des héritiers réservataires et qui jouit de la saisine légale, aux termes de l'art. 1006 C. civ. Il serait, selon eux, continuateur de

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 496.

la personne du défunt. Le Code civil, en accordant la saisine légale à certains légataires universels et en la refusant à d'autres, aurait adopté une transaction entre les principes du droit coutumier et ceux du droit écrit sur la nature du titre des légataires universels ou à titre universel : les légataires jouissant de la saisine continueraient seuls la personne du défunt.

Ce système établit à tort une relation de cause à effet entre la saisine et le principe de la succession à la personne. La délivrance une fois obtenue par les légataires qui n'ont point la saisine les plaçant au point de vue de l'exercice de leurs droits dans la même situation que ceux qui en jouissent, il n'y a aucune raison de leur imposer des obligations différentes aux charges héréditaires. Quant au compromis fait par le Code entre les deux doctrines anciennes, il s'est fait sur un autre terrain, il s'est uniquement inspiré de considérations de fait, des dangers qu'il y aurait eu à conférer la saisine légale à des successeurs dont le titre peut être contesté. Aucune transaction sur la nature des vocations des différents légataires n'est entrée dans la pensée du législateur.

L'étendue de l'obligation des successeurs irréguliers aux dettes et charges héréditaires fait l'objet d'une controverse semblable : les uns prolongent cette obligation *ultra vires hereditatis*, et les autres la limitent *intra vires*. Je retrouve dans l'opinion qui soutient l'obligation *ultra vires*, la même confusion entre l'obligation personnelle et l'obligation indéfinie (1).

(1) Demolombe, XIII, 460.

Son argumentation se résume dans les propositions suivantes : 1° toute personne a nécessairement un représentant dans celui qui est appelé à recueillir sa succession ; 2° d'après l'ensemble des dispositions du Code, tous ceux qui sont appelés à recueillir l'universalité ou une quote-part de l'universalité d'une succession, sont considérés comme étant *loco heredum*. En cette qualité, ils sont tenus de supporter une part proportionnelle des dettes, et cette obligation, étant personnelle, s'étend *ultra vires* ; 3° l'envoi en possession des successeurs irréguliers opère, en ce qui les concerne, une saisine de fait équivalente, à tous égards, à la saisine de droit des héritiers et qui efface toute différence entre eux et ces derniers.

J'ai respectivement réfuté par avance toutes les parties de ce raisonnement. J'ai établi que la continuation de la personne du défunt par son successeur est une idée toute de droit positif et étroit, qui ne saurait être appliquée dans le silence des textes. Or, dans l'espèce, elle semble au contraire formellement écartée par les termes mêmes de l'art. 723 C. c., qui décide qu'à défaut d'héritiers légitimes les biens *passent* aux enfants naturels, ensuite à l'époux survivant, et, s'il n'y en a pas, à l'Etat. Cette expression ne détermine-t-elle pas la nature du titre des successeurs irréguliers, ne marque-t-elle pas qu'ils ne sont point des héritiers véritables, continuateurs de la personne du défunt ? Leur obligation aux dettes héréditaires se rattache au même principe que celle des légataires universels ou à titre universel : *non sunt bona nisi deducto aere alieno*. — J'ai nié toute relation de dépendance entre la saisine et l'obligation *ultra vires* et, par là même, écarté l'argument qui

prétend placer les successeurs irréguliers qui ont obtenu la saisine judiciaire dans la même condition, relativement à l'obligation aux dettes, que les héritiers légitimes investis immédiatement par la saisine légale. Celle-ci est la prise de possession d'autorité privée et l'exercice sans préalable des droits héréditaires. Elle est accordée à certains successeurs à raison de la force de leur titre, qui n'a pas besoin de vérification. Elle n'a pas d'autre signification ni portée. — Enfin ç'a été le dessein direct de toute cette partie de mon travail de mettre en lumière que le caractère personnel d'une obligation ne préjuge nullement son étendue.

Bien plus je ne vois pas dans le Code une seule disposition dont on puisse induire que les successeurs irréguliers seront tenus du paiement des dettes de la succession *personnellement et sur leur propre patrimoine*. Dès lors je me pose cette question : Le successeur irrégulier ne peut-il assigner à la poursuite des créanciers héréditaires le gage exclusif des biens qu'il a recueillis, en justifiant de leur identité, et écarter cette poursuite de ses biens propres ? Il serait ainsi *ipso facto* dans la situation de l'héritier qui a rempli toutes les formalités qui assurent le bénéfice d'inventaire.

Voici quelles raisons se présentent à mon esprit en faveur de la solution affirmative. Je tire argument de la nature même du titre auquel le successeur irrégulier recueille les biens héréditaires. Ces biens lui *passent*, dit l'art. 723. Il subira sans doute les charges dont ils peuvent être grevés : *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. Mais lui imposer l'obligation *personnelle* de les acquitter sur son propre patrimoine, n'est-ce point aggraver sa condition telle que les termes de la loi la

laissent apparaître? Les art. 1009 et 1012 déclarent explicitement le légataire universel ou à titre universel *personnellement* obligé aux dettes et charges héréditaires. Mais aucun texte n'en dit autant du successeur irrégulier. Voudrait-on m'opposer une confusion de droit des objets transmis dans le patrimoine de ce successeur? Je n'aperçois pas d'où on la ferait dériver, celui-ci n'étant pas à vrai dire un héritier. Une confusion de fait pourrait sans doute faire obstacle à sa prétention. Aussi ai-je pris soin de faire cette réserve : s'il peut justifier de l'identité des biens recueillis. Dès lors, ne serait-ce pas se conformer aux vrais principes d'interprétation, d'ainsi restreindre l'obligation aux dettes héréditaires qui grèvent les successeurs irréguliers et de ne point attribuer un caractère personnel à une obligation qui se présente bien plutôt comme étant de la catégorie des obligations *propter rem*, semblable, comme j'ai dit, à celle de l'héritier bénéficiaire, relativement aux mêmes charges?

Le droit de gage établi par l'art. 2092 C. c., inhérent, dans les termes que je viens de fixer, aux obligations personnelles, c'est à dire créées en la personne de l'obligé directement et indépendamment de tel ou tel de ses biens, ne frappe aucunement celui qui est tenu d'une obligation *propter rem*. Celle-ci n'est exécutoire que sur les biens qui portent, pour ainsi dire, sur eux, comme une charge particulière, tout le poids de l'obligation. Telle est celle du détenteur hypothécaire. Telle aussi qualifierai-je l'obligation aux dettes et charges héréditaires de l'héritier bénéficiaire.

Cependant des auteurs considérables la déclarent formellement personnelle. « Ce serait une erreur de croire,

« disent MM. Aubry et Rau (1), que l'héritier bénéfi-
« ciaire n'est pas débiteur personnel des dettes et charges
« de la succession : comme représentant du défunt, il
« est obligé personnellement envers eux ; il jouit seule-
« ment de l'avantage de n'être tenu que jusqu'à con-
« currence des biens de l'hérédité et de ne pouvoir être
« poursuivi sur ses biens personnels, à moins qu'il ne
« soit en demeure de présenter son compte d'adminis-
« tration ». J'oserai dire que ce passage de savants
auteurs méconnaît absolument la vraie condition de
l'héritier bénéficiaire, à moins qu'il ne détourne les mots
de leur sens naturel. L'héritier bénéficiaire n'est pas le
représentant du défunt : il succède seulement à ses
biens. A ce titre, il est sans doute tenu des obligations
dont le *de cujus* les avait grevés, il est exposé à la pour-
suite des créanciers et légataires, mais plutôt à la manière
d'un administrateur que d'un héritier (Pothier, *Des
Succes.*, ch. 3, sect. 3, art. 2, § 6) : il n'est pas débi-
teur *personnel*. Car enfin, le propre de l'obligation
personnelle est d'affecter le patrimoine du débiteur. Or
l'obligation dont s'agit est caractérisée précisément par
la limitation de son gage à un ensemble de biens qui ne
sont point dans le patrimoine de celui qui en est grevé.
Celui-ci s'en peut décharger en abandonnant ces biens
aux créanciers et légataires de la succession. Au sur-
plus l'article 803 C. c. ne confirme-t-il pas formellement
mon dire en déterminant les cas exceptionnels où l'hé-
ritier bénéficiaire peut être tenu et poursuivi sur ses
biens personnels ?

Du caractère que je viens d'assigner à l'obligation de

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 417. — Voyez aussi Laurent, t. X, p. 119.

L'héritier bénéficiaire découlent les conséquences suivantes : 1° L'héritier bénéficiaire ne peut être condamné à fournir sur ses biens personnels une provision à un créancier de la succession. Il ne le saurait être que s'il avait été mis en demeure de présenter son compte et qu'il n'eût point satisfait à cette obligation (Arg. à fort. de l'art. 803) ; 2° l'héritier bénéficiaire ne saurait être tenu sur le montant du prix qu'il aurait reçu pour la cession par lui faite de ses droits successoraux. Ce prix, en effet, n'était pas dans la succession et n'a pas dû être compris dans l'inventaire. En vain objecterait-on que l'héritier bénéficiaire ne peut tirer aucun profit de la succession avant que les créanciers et légataires ne soient payés. Il n'a pas retiré de profit *de* la succession, mais bien à l'*occasion de* la succession qui n'est, après la cession faite de ses droits successifs, ni meilleure ni pire.

Toutefois ce n'est pas à dire, comme certains auteurs (1) s'y sont laissé aller, que l'héritier bénéficiaire ne soit en aucune façon débiteur des créanciers du défunt et des légataires. Je crois avoir caractérisé assez exactement la nature de son obligation en la qualifiant de *propter rem*. A ce titre, il est tenu de toutes les dettes et charges héréditaires. Il est notamment tenu d'accomplir les promesses du défunt. Ainsi, lorsque l'un de deux co-propriétaires d'une chose indivise l'a cédée ou vendue en totalité, en se portant fort d'obtenir la ratification de l'autre, l'héritier qui a succédé en même temps à l'un et à l'autre, est tenu, nonobstant sa qualité d'héritier bénéficiaire, de fournir la ratification promise,

(1) Voir Mourlon, *Examen critique du commentaire de M. Troplong*, N° 317.

sauf à en faire limiter les effets aux biens qu'il a recueillis. Et c'est très justement que, sur son refus de rapporter cette ratification, il serait condamné *personnellement* à des dommages et intérêts (Voy. Cass., 17 mars 1852, D. 52, 1, 116). Mais remarquez que cette obligation qui va peser sur les propres biens de l'héritier bénéficiaire, est engendrée par un fait personnel de sa part, non par sa qualité d'héritier bénéficiaire. Ainsi encore, la renonciation d'une femme à son hypothèque légale oblige son héritier bénéficiaire. — D'autre part, l'héritier bénéficiaire a le droit d'opposer aux créanciers les exceptions dont son auteur aurait pu se prévaloir lui-même. C'est ainsi que la Cour de Cassation a décidé, chambres réunies, le 12 décembre 1839 (Dal., *Jur. gén.*, v° Successions, n° 757), que l'héritier bénéficiaire d'un émigré peut se libérer envers les créanciers de celui-ci, en leur transférant, comme le ferait son auteur ou un héritier pur et simple, sur le montant de l'indemnité accordée par la loi du 27 avril 1825, une rente 3 p. 100 en capital nominal égal à leurs créances. L'héritier bénéficiaire tirait naturellement son droit à opposer ladite exception de sa qualité d'administrateur habile à exercer toutes les actions de la succession. Inutile serait-il, pour justifier l'arrêt, de faire intervenir une idée de représentation.

L'affectation directe du patrimoine par l'obligation personnelle qu'établit l'art. 2092 C. c. est commandée par l'intérêt social. Il exige que le créancier trouve dans les biens présents et à venir de son débiteur la garantie de ses droits. Le droit romain primitif crut devoir sacrifier cet intérêt à une étroite conception du caractère

personnel du lien d'obligation. Il dut alors créer la procédure barbare de la *manus injectio*, dirigée contre la personne même du débiteur, où le juge l'attribuait (*addicebat*) au créancier qui l'emmenait et le retenait en prison jusqu'à satisfaction. Le débiteur avait engagé sa personne au créancier, il ne lui avait pas engagé ses biens. Ceux-ci devaient donc échapper directement à sa mainmise. Mais on s'emparait de la personne du débiteur et on le retenait captif jusqu'à ce qu'il se fût libéré. C'était, à vrai dire, l'unique moyen qu'autorisât une logique abusive pour vaincre l'improbité du débiteur.

L'intérêt public est le vrai motif de notre règle. Mais on la rattache souvent à une convention tacite des parties. Celui qui s'oblige est réputé céder à son créancier, pour le cas où il n'exécuterait pas sa promesse, le droit qu'il a lui-même de vendre ses biens, pour se payer sur le prix. Que si le débiteur vient à faire sortir un bien de son patrimoine, le créancier perd son droit de saisie sur ce bien, en même temps que le droit de vendre s'est éteint en la personne de l'obligé.

Cette fiction me semble d'abord inadmissible dans le cas où l'obligation est née sans la volonté du débiteur, comme est l'obligation *ex contractu*. D'autre part, à la considérer comme un motif impérieux dans ses conséquences, on serait tenté d'en déduire certaines solutions singulières.

C'est ainsi qu'au sentiment de quelques auteurs (1), les dettes librement contractées par la femme séparée de biens dans les limites de son droit d'administration n'affecteraient que son mobilier. Ils alléguent qu'incon-

(1) Ainsi Marcadé, *Comment. de l'art.* 1449,

testablement celui qui n'a pas le droit de disposer de ses biens ne peut pas céder à ses créanciers le droit de les vendre en son nom. Or, la femme séparée de biens est incapable d'aliéner ses immeubles. Elle ne peut donc, en s'obligeant, transférer à ses créanciers un droit qu'elle n'a point. Et ainsi cette faculté d'une libre administration que l'art. 1449 C. c. confère à la femme séparée, étant soutenue seulement du gage de sa fortune mobilière, serait à peu près impuissante.

Il est incontestable qu'une personne qui ne peut aliéner directement certains biens, ne peut engager ces mêmes biens à ses créanciers. Elle violerait la prohibition qui l'enchaîne, et ferait par voie indirecte ce qui lui est directement défendu. Cela est parfaitement indiscutable, et je ferai par la suite des applications constantes de cette idée. Mais on l'applique à tort quand on l'invoque pour refuser à l'obligation contractée librement *administrationis causâ* par la femme séparée la garantie réelle de sa fortune immobilière. La loi déclare valable cette obligation : n'est-ce pas à dire qu'elle y attache la conséquence naturelle de l'affectation de tous les biens du débiteur à la sûreté de son créancier ? Le lien personnel d'obligation ne procurerait pas un avantage économique sérieux au créancier, s'il n'était fortifié d'une garantie réelle : voilà le point de vue de la loi. Au surplus il est facile de répondre directement aux arguments de l'opinion adverse. Ne doit-on pas considérer que la loi, en levant au profit de la femme séparée la nécessité de l'autorisation maritale pour la validité des obligations contractées par elle dans la mesure de l'administration, lui a permis, dans la même mesure, d'engager à ses créanciers tous ses biens ? Elle a dû nécessairement lui

assurer l'exercice utile du droit qu'elle lui conférait. En créant une exception à la règle de l'incapacité générale de la femme mariée, elle a dû écarter cette règle dans toute l'étendue nécessaire au fonctionnement de l'exception.

CHAPITRE II.

Des exceptions que comporte la règle « Qui s'oblige oblige le sien.

— Celles que j'étudie.

Le motif même de la règle « Qui s'oblige oblige le sien » y attache naturellement une portée générale. Le gage du créancier porte sur *tous* les biens du débiteur. Cependant cet effet absolu de l'obligation n'est certainement pas de son essence et la loi le tempère par deux sortes d'exceptions.

Les unes ont été consacrées, pour des motifs divers, par des dispositions impératives, en dehors de la volonté des particuliers. C'est ainsi que les articles 2205, 2206, 2209, 2210, 2211 C. c. limitent pour le créancier le droit de poursuivre son paiement sur celui des biens de son débiteur qu'il lui plaît de choisir. C'est ainsi qu'il faut exclure de l'application de notre règle toutes les choses que la loi, dans un intérêt public, comme rentes sur l'Etat (1), ou dans un intérêt d'humanité,

(1) A raison de leur intérêt, je produis en note les détails suivants sur ce caractère des rentes sur l'Etat.

Le capital et les arrérages des rentes sur l'Etat sont insaisissables en vertu de la loi du 8 nivôse an VI : « il ne sera plus reçu à l'avenir d'opposition sur le tiers conservé de la dette inscrite ou à inscrire » art. 4.

Or, on s'est demandé si ce texte entendait placer les rentes sur l'Etat

comme le coucher du débiteur, ses habits, ses instruments de travail,... a déclarés insaisissables. C'est ainsi qu'il faut comprendre dans la même exclusion les droits qui, étant étroitement attachés à la personne, sont

en dehors de toute mainmise des créanciers du titulaire, même au cas où ces créanciers n'auraient à former entre les mains des agents du trésor aucune opposition, ni à faire subir à l'Etat aucune procédure de saisie-arrest.

Voici à cet égard l'état de la jurisprudence.

Elle n'a pas admis qu'un créancier pût réclamer à son profit le transfert d'un titre de rente appartenant à son débiteur, même malgré l'insolvabilité nettement déclarée de la succession de celui-ci. (Av. Cons. d'Et., 3 janvier 1813, 19 déc. 1839 ; Paris, 16 déc. 1848. D. 49. 2. 121 ; Paris, 14 avril 1849. D. 49. 2. 190 ; Paris, 30 juillet 1853. D. 54. 2. 70). Cependant, l'héritier bénéficiaire n'est pas dispensé de rendre compte de ces rentes comme de toutes les autres valeurs de la succession (Paris 22 nov. 1855 D. 56. 2. 269 ; Paris, 13 juin 1856 D. 57. 2. 194). En cas de faillite du titulaire de la rente, l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 1854 (D. 54. 1. 116) décide que le dessaisissement qui l'accompagne ne s'applique pas aux rentes sur l'Etat et qu'en conséquence les créanciers n'ont pas le droit d'empêcher le failli de les aliéner. D'autre part, l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1859 (D. 59. 1. 145) dispose que l'insaisissabilité dont sont frappées les rentes sur l'Etat, ne s'oppose pas à ce que ces rentes soient, après faillite, aliénées à la diligence des syndics et au profit de la masse des créanciers, les syndics en faisant alors opérer le transfert sans saisie préalable et comme mandataires légaux du failli.

Ainsi, la jurisprudence, excepté dans cette dernière décision, a donné au principe de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat, la portée la plus étendue. Le tempérament contenu dans l'arrêt de 1859 est-il conforme à l'esprit de la loi de nivôse an VI ? Je ne le pense pas.

Ledit arrêt confirme une décision de la cour de Lyon du 1^{er} mars 1855, où je relève ce considérant capital : « qu'en interdisant toute poursuite sur « les rentes sur l'Etat, les lois spéciales ont eu pour objet de débarrasser la comptabilité nationale de difficultés incessantes et de faciliter à « la fois le transfert des rentes et le service des titres, mais qu'il n'est « point entré dans l'intention du législateur de créer une nature particulière de biens jouissant d'un privilège exorbitant. » D'où il suivrait que les rentes sur l'Etat seraient valablement employées, contre le gré du titulaire, au paiement de ses dettes, toutes les fois que ce paiement pourrait avoir lieu sans saisie-arrest préalable et dès lors sans complication dans les règles de la comptabilité publique.

Cette doctrine, qui dépasse d'ailleurs les exigences de l'espèce soumise

incessibles, et, par suite, non susceptibles d'être transformés en argent : tels sont les droits d'usage, d'habitation et de jouissance légale.

La deuxième sorte d'exceptions comprend tous les cas où la volonté de l'homme, convenablement exprimée, peut déroger au caractère général de notre règle ; où cette volonté peut modifier, dans ses conséquences na-

à la cour de Lyon, ne tend à rien moins qu'à condamner toute la jurisprudence antérieure, par l'interprétation qu'elle formule de l'esprit de la loi. Mais elle se heurte aux documents très nets des travaux préparatoires. « Les créanciers, disait le rapporteur M. Vernier, prévenus et instruits « *qu'ils n'auront point à compter sur cette ressource* (celle des rentes sur « l'Etat) pour le paiement et la sûreté de leurs créances, régleront à « l'avenir leurs transactions en conséquence et se ménageront d'autre « sûreté moins sujette à tromper leur attente. » Ce passage n'établit-il pas que le législateur de l'an VI a entendu soustraire les rentes sur l'Etat à toute poursuite des créanciers, sous quelque forme qu'elle s'exerçât, les affranchir en un mot du droit de gage de ceux-ci ? C'est qu'en réalité le privilège dont on a revêtu ces valeurs dérive d'un intérêt plus haut que les exigences de la comptabilité publique : il tend à fortifier le crédit même de l'Etat.

L'arrêt de 1839 trouve-t-il un appui suffisant dans cette idée que la vente des titres de rente du failli, opérée à la diligence des syndics, doit être réputée faite, non par les créanciers poursuivant en leur nom l'expropriation des biens de leur débiteur, mais par le failli lui-même, dont les syndics sont les mandataires légaux ? Je ne saurais admettre cette fiction en présence de la résistance du failli, qui, dans l'espèce, réclamait précisément la restitution de son titre, dont l'arrêt prétend qu'il consentait tacitement l'aliénation.

L'ordonnance du 29 avril 1831 a autorisé la forme au porteur pour les rentes sur l'Etat. Le titre qui en est revêtu reste-t-il soumis aux règles d'insaisissabilité que je viens d'exposer ? Je suis tenté de dire qu'une modification dans le titre, dans l'expression du droit, ne peut altérer un caractère profond du droit lui-même. Cependant, c'est « un caractère « remarquable et essentiel du titre au porteur que le droit qu'il repré- « sente semble, en quelque sorte, ne faire plus qu'un avec lui ; » (1) si bien que le dessaisissement opéré par l'état de faillite semble verser lesdits titres dans la masse de biens appartenant aux créanciers.

(1) Daniel de Folleville, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur* p. 304.

turelles, le jeu de l'art. 2092 C. c. La loi a consacré formellement dans ses textes plusieurs de ces dérogations. D'autres me semblent pouvoir s'autoriser de son esprit. Tout ce qui va suivre est consacré à ce groupe d'exceptions.

Or on peut ranger sous deux points de vue distincts les tempéraments à l'art. 2092 C. c. dérivant de la volonté de l'homme. D'un côté l'on voit un propriétaire exprimer la volonté que tels de ses biens, qu'il fait, le plus souvent, sortir en tout ou en partie de son patrimoine, revêtiront désormais une condition particulière qui les mette hors du domaine affecté par le droit de gage qu'un débiteur offre de droit commun à ses créanciers. D'un autre côté on voit un contractant, par une clause même du contrat, limiter le gage qu'il offre sur son patrimoine en garantie de ses engagements.

La division tirée de ces deux points de vue des espèces juridiques que je me propose d'analyser en dominera l'explication.

La première catégorie comprendra les substitutions permises, l'inaliénabilité dotale et les clauses qui s'en rapprochent, les clauses générales d'inaliénabilité et d'insaisissabilité. La seconde renfermera les clauses de responsabilité limitée en matière de société, les règles particulières des sociétés formées pour l'exploitation des charges d'agents de change et certaines modalités par lesquelles les parties contractantes conviendraient que le gage organisé par l'article 2092 C. c. serait circonscrit, dans leurs rapports, à certains biens individuellement déterminés.

CHAPITRE III.

Des Substitutions.

La théorie des substitutions fidéicommissaires permises par le Code civil nous offre un premier exemple de biens à qui la volonté de l'homme peut imprimer une condition juridique telle que l'application de l'article 2092 C. c. soit modifiée à leur égard.

Les substitutions sont prohibées en principe par l'art. 896 C. c. Ce texte frappe ainsi toute disposition par laquelle une personne gratifiée en premier ordre est chargée de conserver pendant sa vie et de rendre après sa mort à une autre personne gratifiée en second ordre, sous la condition que celle-ci lui survivra (1). Cependant les articles 1048 et 1049 C. c. autorisent ce mode de disposer dans le cercle restreint de certaines personnes liées entre elles par d'étroites relations de sang. Ils admettent les père et mère à faire, au profit d'un ou plusieurs de leurs enfants, et les frères et sœurs qui meurent sans postérité, à faire, au profit d'un ou plusieurs de leurs frères et sœurs, des donations ou des legs, à la charge de conserver les biens donnés ou légués pour

(1) Demolombe, XVIII, p. 87,

les rendre à tous les enfants nés et à naître au premier degré seulement.

Le grevé sera, sa vie durant, vrai et plein propriétaire des biens ainsi substitués. Il les pourra aliéner, hypothéquer, engager à un titre quelconque. Mais les appelés deviendront, par l'ouverture de la substitution, rétroactivement propriétaires des biens substitués, qui leur devront être délivrés intégralement. Partant, ils seront autorisés à demander contre les tiers détenteurs le délaissement ou la restitution des biens substitués que le grevé a transmis ou livrés à ces derniers. Ils seront également autorisés à faire déclarer ces biens francs et quittes des charges et servitudes auxquelles le grevé peut les avoir assujettis et à poursuivre la radiation des inscriptions hypothécaires prises de son chef.

Or, qu'est-ce à dire ? quelles idées président au mécanisme de la substitution ?

On considère généralement la clause de substitution comme une simple application de la modalité de la condition résolutoire : elle réaliserait un legs conditionnel, dont la condition serait précisément la survie du second légataire au premier. La révocation possible des aliénations passées, des charges constituées par le grevé, s'expliquerait naturellement par la rétroactivité de la résolution.

Cependant lorsque l'appelé n'est ni né ni conçu à la mort du disposant, il est bien impossible que la condition résolutoire qui affecte le droit du grevé, rétroagisse au-delà de la naissance de l'appelé, pour ainsi dire dans le vide. Nécessairement l'appelé devient l'ayant cause du grevé pour tout le temps qui sépare sa naissance de la mort du disposant. Pour cette hypothèse au moins,

il faut nécessairement chercher ailleurs l'idée directrice de la loi.

Mais, de plus, alors même que l'appelé serait déjà conçu au décès du disposant, sommes-nous simplement en présence de l'ingénieux mécanisme de la condition résolutoire ? Sans doute, puisque l'appelé vit quand le disposant meurt, il pourra être réputé plus tard tenir du disposant lui-même les biens substitués. Cependant, je ne saurais admettre cette interprétation de l'esprit de la loi. C'est qu'en effet elle réduit singulièrement le domaine de l'art. 896 C. c., qui pose le principe d'une prohibition générale des substitutions. Si la disposition faite actuellement au profit d'une personne, éventuellement au profit d'une autre dès maintenant vivante et capable, sous la seule condition de la survie de la seconde à la première, peut être regardée comme un simple legs conditionnel, il faut la valider, quels que soient les rapports et la situation de famille du disposant, des grevés et des appelés. La condamner par la raison qu'elle réalise une substitution prohibée par l'art. 896 C. c., ce serait violer l'art. 1157 C. c. qui prescrit d'interpréter les actes juridiques *potius ut valeant*. L'art. 896 C. c. ne frappe plus désormais que les substitutions fideicommissaires où l'appelé n'est ni vivant, ni capable au décès du disposant. Or, nous voyons les auteurs de l'ancien droit comprendre sous le nom commun de substitution les deux hypothèses que nous avons distinguées (1). Pourquoi prêter aux rédacteurs du Code l'intention d'avoir inauguré une distinction

(1) Voy. Thévenot d'Essautes, *Traité des Substitutions*, ch. VIII § Edit. de 1778, p. 42.

d'autant plus difficilement admissible que les deux hypothèses présentent le même trait caractéristique, qui est leur vice commun au point de vue législatif, de créer un *ordo successivus* ?

Sur quelle idée appuyer la substitution ? M. Martin, dans son livre élégant de la Théorie des conditions impossibles, illicites et contraires aux mœurs, a démontré péremptoirement à nos yeux qu'elle repose sur une idée d'indisponibilité des biens substitués dans l'intérêt de l'appelé. Il a décrit la formation historique de la théorie des substitutions et montré l'idée d'inaliénabilité s'y glissant peu à peu et finissant par en devenir le principe et la base.

Dans le droit romain classique, l'appelé n'a contre le grevé qu'une action personnelle en restitution des biens substitués (Dig. loi 38 de legat et fideic. § 3, liv. XXXII). Mais Justinien, par sa constitution de 529 C. l. 1, VI, 43, confère à tout légataire une hypothèque sur les biens qui font l'objet du legs, assimile en même temps les fideicommissaires aux legs et frappe par là même les biens substitués d'une hypothèque au profit de l'appelé. Par une évolution naturelle, il dispose deux ans plus tard par la loi 3 C. § 2 VI, 43 que le grevé ne pourra pas aliéner les biens substitués.

Notre ancien droit adopta cette idée d'indisponibilité et l'étendit même aux substitutions par actes entre vifs. Nous en avons la preuve dans le Traité des substitutions de Thevenot, qui rattache formellement au droit de Justinien le droit des appelés à critiquer les aliénations consenties par le grevé. Aucun passage n'est plus significatif à cet égard que le suivant : « s'il est dit : « je défends d'aliéner hors de la famille, il y a fidei-commis au profit de la famille », ch. XI § 10 p. 79.

Les rédacteurs du code aperçurent nettement ce support de la substitution, l'idée d'inaliénabilité en pénétrant et soutenant le mécanisme. Je la trouve relevée dans les deux passages suivants des travaux préparatoires. « On ne peut se dissimuler, disait Cambacérès, « que l'Assemblée Constituante n'ait eu de justes motifs « d'être frappée des inconvénients des substitutions. « C'en est un sans doute que l'*inaliénabilité* dont elles « frappent les biens; c'en est un encore que le faux crédit « qu'elles peuvent faire obtenir au grevé (1). » « Si les « substitutions sont rétablies, poursuivait Tronchet, il « faudra déclarer nulles les aliénations faites par les « grevés et dépouiller les acquéreurs de bonne foi (2) ».

Au reste, ce n'est pas seulement à cause des inconvénients économiques du moyen qui servait à les réaliser, mais encore et surtout à raison du but qu'elles poursuivent, que le législateur de 1804 condamna les substitutions. Elles tendent à créer un ordre de succession parallèle à l'ordre légal, *ordo successivus*. L'appelé recueille les biens substitués en vertu d'un titre héréditaire qu'il ne tient ni de la loi ni de la volonté du grevé, mais de celle de l'auteur de la substitution « La substitution, « disait Bigot de Préameneu au Conseil d'Etat, n'est « pas un simple acte de transport de propriété : c'est « un ordre établi entre les personnes que le donateur « appelle pour se succéder les unes aux autres ; c'est « constituer pour les générations futures l'état et l'organisation de la famille ; c'est faire un acte de législation plutôt qu'exercer un droit privé ; c'était, dans « sa plus grande latitude, l'exercice de ce pouvoir indé-

(1) Locré, XI, 426.

(2) Locré, XI, 97.

« fini que le chef de famille avait chez les Romains, non « seulement sur ses biens personnels, mais encore sur « la famille entière, pouvoir qui était une des bases du « système du gouvernement et que ne comporte pas « notre législation » (1). Ce caractère de la substitution dénoncé par Bigot de Préameneu en constitue en effet le vice irrémédiable au point de vue législatif. Il fut la raison dernière pour laquelle les substitutions ne furent permises par le Code que selon les termes des articles 1048 et 1049.

L'épave qu'ils nous ont gardée d'une institution autrefois considérable en conserve naturellement le principe organique, l'idée d'inaliénabilité servant de moyen pour réaliser la substitution. Les biens qui en sont affectés sont ainsi frappés d'une inaliénabilité éventuelle. Ils sont donc dans le patrimoine du grevé à part de ceux qu'il pourra offrir comme gage à ses créanciers ; car, s'ils venaient à être saisis et vendus, les tiers acquéreurs se verraient forcés de les restituer par suite de l'ouverture de la substitution.

M. Demolombe (2), tout en repoussant l'idée de résolution, pour expliquer les effets de l'ouverture de la substitution, semble donner une autre explication que celle qui précède. Il qualifie la propriété du grevé de propriété *ad tempus*, qui finit, qui meurt lorsque la substitution vient à s'ouvrir, mais qui n'est pas résolue. J'ai peine à comprendre, comme une idée distincte et nouvelle, cette notion d'une propriété *ad tempus*. L'événement qui en marque la fin ne peut naturellement pas

(1) Locré, XI, 112.

(2) T. XVIII p. 94.

être sans effet rétroactif effaçant les actes par lesquels le propriétaire *ad tempus* aurait compromis le droit tel qu'il l'a reçu. Et dès lors, que peut être un droit *ad tempus*, sinon un droit affecté d'une condition résolutoire? A moins que l'idée ne se confonde, comme il a paru à M. Bartin (1), avec celle d'inaliénabilité que j'ai soutenue.

Au reste, cette inaliénabilité est, dans mon esprit, toute relative, introduite et fonctionnant dans le seul intérêt de l'appelé. D'où il suit qu'elle n'empêche pas les créanciers personnels du grevé de faire saisir et exproprier contre lui les biens substitués. Je m'inscris contre l'arrêt de la Cour de Paris du 12 juin 1847 (D. 1847, 2, 61), aux termes duquel, le grevé n'étant propriétaire de ces biens qu'à la condition de les conserver et de les rendre, ils ne peuvent devenir le gage de ses créanciers. Le tuteur à la substitution, chargé de veiller à leur conservation, aurait qualité pour s'opposer à la saisie dont on voudrait les frapper. La condition d'inaliénabilité dont j'affecte les biens substitués n'a pas ces effets. Elle ne vient frapper les actes du grevé qu'au jour de sa mort, lorsqu'elle se réalise. Mais, tant qu'il vit, il est propriétaire des biens substitués et les charges qu'il a établies tiennent. Au jour seulement de l'ouverture de la substitution sont résolues contre les créanciers et les tiers acquéreurs les obligations et aliénations consenties par lui au préjudice de l'appelé. Ainsi admettrai-je avec l'arrêt de la cour de Cassation du 5 mai 1830 (D. 1830, 1, 234) que les créanciers de l'auteur de la substitution ne peuvent écarter les créanciers du

1) Bartin, loc. citat. page 36, note.

grevé de la distribution du prix provenant de la vente des biens grevés.

La mort du grevé est la cause normale et régulière de l'ouverture de la substitution. Elles a les effets que j'ai dits. Mais la substitution peut s'ouvrir même du vivant du grevé par certaines causes exceptionnelles, notamment par l'abandon des biens substitués fait volontairement par le grevé aux appelés. Cette cause n'a pas contre les tiers la même énergie que la première : « L'abandon anticipé de la jouissance, dit l'article 1053 C. c., ne pourra préjudicier aux créanciers « du grevé antérieurs à l'abandon. »

A restituer avant sa mort les biens substitués, le grevé perd le bénéfice de leur jouissance et la chance de voir la propriété s'en fixer sur sa tête par le prédécès des appelés. Cette perte mesure le préjudice qui en résulte pour ses créanciers. Or la loi entend le leur épargner. Elle veut empêcher toute collision entre les appelés et le grevé dans le mauvais dessein de faire tort, par cet abandon anticipé, à des créanciers légitimes. Les appelés ne tenant ici leur droit que du pacte fait entre eux et le grevé, et non point de la volonté du disposant, ils n'occuperont jusqu'à la mort de celui-là que la place qui lui était destinée : les biens passés en leurs mains seront jusqu'à ce jour exposés aux poursuites que les créanciers du grevé pouvaient auparavant exercer.

Cette protection dont l'art. 1053 entoure lesdits créanciers semble au premier abord une concession favorable de l'action paulienne, dispensée ici de la condition de la fraude qui, de droit commun, est nécessaire. Le grevé, en restituant le fideicommiss avant le temps de son échéance, a causé à ses créanciers le préjudice que j'ai

dit : il les a lésés par un acte gratuit, par une manière de renonciation : la loi leur permet, en cet état, d'en demander la révocation. Le présent texte concourt d'ailleurs avec d'autres, les articles 622, 788, 2225 C. c., pour appuyer la thèse qui n'exige, dans les actes gratuits, d'autre condition à l'action paulienne que le préjudice.

Je n'ai pas à discuter ici cette théorie, mais je dirai que l'art. 1053, qu'on y rattache, lui est absolument étranger. Ce texte n'a pas trait à l'action paulienne, il n'attribue pas aux créanciers lésés une action révocatoire de l'acte de leur débiteur avec dispense de prouver la fraude ou, comme on a dit, à raison d'une présomption de fraude. Pour s'en convaincre, il suffit de la rapprocher de l'art. 42 du titre IV de l'ordonnance de 1767 que voici : « La restitution du fideicommiss, faite
« avant le temps de son échéance, par quelque acte
« que ce soit, ne pourra empêcher que les créanciers
« du grevé de substitution qui seront antérieurs à la-
« dite remise, ne puissent exercer, sur les biens sub-
« stitués, les mêmes droits et actions que s'il n'y avait
« point eu de restitution anticipée ; et ce, jusqu'au
« temps où le fideicommiss devait être restitué ; ce qui
« aura lieu même à l'égard des créanciers chirogra-
« phaires, pourvu que leurs créances aient une date
« certaine avant ladite remise. » La disposition finale de l'art. 1053 apparaît comme le résumé ambigu et obscur de l'ancien texte, qui en est ainsi le meilleur commentaire. Or, il s'en dégage que les créanciers du grevé n'ont pas besoin de faire révoquer l'abandon anticipé, lequel est non avenu à leur égard et laisse intacte leur condition.

CHAPITRE IV

Inaliénabilité dotale — Clauses qui s'en rapprochent.

I. Je rencontre dans le régime dotal un second exemple de biens soustraits à l'application de l'art. 2092 C. c. par la volonté de l'homme convenablement exprimée.

Sous ce régime, les immeubles constitués en dot à la femme, et, suivant la jurisprudence, les meubles eux-mêmes, ne peuvent, en principe, être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage par les époux, art. 1554 C. c. En conséquence la femme ne peut engager sa dot, et tous les engagements qu'elle contracte, seule ou avec son mari, sont sans effet et nuls en ce qui regarde les biens dotaux.

Etudions en détail le conflit qui s'élève entre l'inaliénabilité dotale et le principe de l'art. 2092 C. c.

Au préalable, d'une part, je prendrai parti dans la controverse relative au siège du vice qui s'oppose à l'efficacité des engagements de la femme dotale.

Ce vice a-t-il son siège dans la personne même de la femme, dans un défaut d'intelligence ou de liberté de sa part ? Y a-t-il incapacité du débiteur ? Ou bien, au contraire, ce vice a-t-il son siège dans la nature ou la destination de la chose qui fait l'objet de l'obligation ? Y a-t-il indisponibilité de tout ou partie du patrimoine ? Dans le premier système, pour savoir si une obligation

contractée par la femme est exécutoire sur ses biens dotaux, il faudra se placer au moment où elle prend naissance ; dans le second système, il faudra se placer au moment où le créancier poursuit son paiement.

Je me rallie à la première opinion et je rattache l'inaliénabilité dotale à la situation personnelle de la femme mariée. La loi a voulu la protéger contre l'ascendant de son mari, contre sa confiance ou sa faiblesse. Non point que j'invoque ici je ne sais quelle infirmité de caractère de la femme soumise à un époux. Cette considération ne tendant à rien moins qu'à présenter la femme mariée comme une personne incapable, le législateur eût dû y répondre par des dispositions impératives. Je veux dire que le régime dotal condescend aux inquiétudes des familles qui voient avec défiance la fortune de la femme liée à celle de son époux, comme il en est ainsi sous le régime de communauté. Il permet à leur volonté d'entourer la femme de garanties exceptionnelles qu'il leur est loisible d'étendre ou de limiter à une fraction quelconque de son patrimoine.

D'autre part, je note qu'outre l'inaliénabilité des biens dotaux, le régime dotal entraîne au profit du mari la jouissance de ces biens, dont les revenus doivent concourir à l'entretien du ménage.

Cela posé, je divise en deux groupes les créanciers de la femme : ceux dont le titre est antérieur au mariage et ceux dont il est né durant le mariage.

Je supposerai les créanciers du premier groupe munis de titre ayant date certaine avant la dotalisation (1).

(1) On discute si la dotalisation existe dès la passation du contrat de mariage ou bien seulement après le mariage contracté. Cette controverse de détail serait déplacée dans l'étude synthétique que je poursuis.

Quel sera leur droit sur les biens dotaux ? — Pour répondre avec précision, il convient de distinguer les diverses conditions de constitution de dot.

1° La femme s'est elle-même constitué sa dot, qui comprend tous ses biens présents et à venir ou une quote-part de ces biens. En ce cas, il me semble difficile d'élever le moindre doute sur le droit desdits créanciers à saisir la pleine propriété des biens dotaux. Cette solution s'impose même dans le système de l'indisponibilité réelle des biens dotaux. En vain dirait-on que la dotalisation d'un bien, en le faisant inaliénable, équivaut à une aliénation qui enlèverait au créancier son gage sur ce bien. Dans l'espèce, la femme a apporté en dot une universalité avec ses charges, actif et passif ensemble. La situation des créanciers existants n'est aucunement modifiée.

2° La femme s'est constitué en dot un bien déterminé. Lesdits créanciers n'en pourront saisir que la nue-propriété. La jouissance en a été aliénée au mari à titre particulier et, par là même, soustraite à leur sûreté. Mais la réduction de gage s'arrête là. Cette décision va de soi dans la thèse de l'incapacité de la femme dotale. Indépendante et pleinement capable au jour où elle s'est obligée, comment celle-ci pourrait-elle rompre le pacte qui la lie ? Elle ne répugne pas absolument à l'autre thèse. Car, même au point de vue qu'elle adopte, n'est-ce point méconnaître le vrai caractère de la dotalisation que d'y voir un acte d'aliénation qui ferait sortir les biens dotalisés du patrimoine de la femme ? Peut-on aller plus loin que de dire qu'elle revêt les biens dotalisés d'un caractère particulier, lequel les met notamment à l'abri de la saisie de tous créanciers futurs, mais ne les trans-

ferme pas rétroactivement, les purgeant de toutes charges chirographaires antérieures ?

3° La dot apportée par la femme lui a été constituée par un tiers. Au premier abord, les biens qui la composent semblent n'être entrés dans le patrimoine de la femme que frappés d'inaliénabilité. A aucun moment ils n'ont pu devenir le gage des créanciers antérieurs, dont ils paraissent devoir défier la saisie. Mais si l'on entre plus avant dans la situation juridique présente, on aperçoit que les biens dont s'agit ont été en réalité reçus d'abord par la femme à titre de donation, puis dotalisés par elle dans son contrat de mariage. De sorte que, pendant un instant de raison, ils sont entrés dans le domaine engagé aux créanciers de la femme, dont le droit a survécu à la dotalisation. Dans ce cas encore, la stipulation que les époux se marient sous le régime dotal ne concerne que l'avenir : les créanciers ont les mêmes droits que dans le cas précédent. (Bord. 29 août 1855, S. 1856, 2, 679).

Quid maintenant des créanciers de la femme en vertu d'engagements contractés par elle durant le mariage ?

Ces engagements n'ont pu aucunement affecter les biens dotaux. Leur paiement ne pourra d'ailleurs être poursuivi sur ces biens pas plus après la dissolution du mariage que pendant sa durée. Pendant son mariage la femme est incapable d'aliéner son bien dotal, incapable par conséquent de conférer à un créancier le droit de le mettre en vente. Quel changement peut amener la dissolution du mariage ? Elle ne saurait effacer l'infirmité originaire de l'obligation, sa nullité relative que la femme ou ses héritiers feront valoir dans les délais de l'art. 1304. — Mais ces raisons mêmes disent assez que la thèse de

l'indisponibilité réelle du fonds dotal ne saurait s'accommoder de cette solution. Le mariage, en se dissolvant, fait cesser la dotalité, l'inaliénabilité, l'insaisissabilité, et le droit commun reprend son empire. Or un créancier peut saisir tous les biens de son débiteur qui sont saisissables au moment des poursuites. Vainement invoquerait-on l'intérêt de la femme et des enfants à ce que les biens jadis dotaux ne soient jamais saisis. Cette considération ne peut avoir la valeur d'un argument. Et en effet l'espèce actuelle présente l'intérêt capital de la controverse dans laquelle j'ai pris parti plus haut. La solution que j'ai soutenue est d'ailleurs celle de la jurisprudence, qui s'est ainsi implicitement prononcée en faveur du système de l'incapacité personnelle de la femme dotale. (Paris, 7 mars 1851, D. 1851, 2, 19, Douai, 27 juillet 1853, D. 1854, 2, 234; Paris, 9 juin 1856, D. 1856, 2, 232.)

La jurisprudence écarte même les créanciers de la femme dont le titre est né pendant le mariage du prix des immeubles dotaux librement aliénés par la femme devenue veuve. Ce prix représente en effet la dot, la valeur affectée sous ce titre au soutien de la famille. Sa provenance est manifeste : pourquoi la prohibition de saisir cesserait-elle ? — Au surplus on peut dire en toute rigueur que le prix est ici subrogé à la chose. Dans une universalité, le prix reçoit la qualité dont la chose était affectée comme partie d'un tout. Or la dot présente le trait distinctif de l'universalité, qui est une catégorie de biens n'ayant aux yeux du législateur de déterminé et d'identique qu'une qualité, qu'une origine. Les biens, divers par leur nature, qui sont compris dans la dot, sont revêtus par la loi d'une qualité unique, leur affec-

tation commune aux charges du mariage. Dira-t-on qu'après le mariage, l'unité est dissoute et a laissé chaque bien reprendre son individualité ? Je répondrai que le droit du créancier, né pendant le mariage, garde l'infirmité dont l'a vicié à l'origine le caractère particulier de certains biens du débiteur. La position du créancier doit rester ce qu'elle était au moment du contrat et ne doit pas être améliorée par un fait postérieur et involontaire pour le débiteur. — J'ajouterai que la solution contraire ne laisserait entre les mains de la femme devenue veuve que la propriété quasi indisponible du fonds dotal, exposée qu'elle serait, si elle voulait le vendre, à voir un créancier mettre aussitôt la main sur le prix.

L'insaisissabilité de ce prix survivant au mariage au profit de la femme veuve profitera naturellement à ses héritiers quelconques. J'ai peine à comprendre la restriction contenue dans l'arrêt précité de la Cour de Paris qui permet aux créanciers de la femme dotale de poursuivre le paiement des obligations contractées par celle-ci sur le prix des immeubles dotaux vendus après son décès par son *légataire universel*. Suivant cet arrêt, les *héritiers naturels* de la femme profiteraient seuls de l'immunité précédente, parce que l'inaliénabilité dotale n'a été établie qu'en faveur de la famille. Mais cette considération ne peut prêter aucun appui à une jurisprudence qui admet le légataire universel à écarter la poursuite des mêmes créanciers des immeubles dotaux eux-mêmes légués par la femme.

A *fortiori* la séparation de biens laisse-t-elle subsister l'insaisissabilité des biens dotaux. Mais la condition de leurs revenus fait alors l'objet d'une controverse assez vive.

Après la dissolution du mariage, les revenus dotaux, accessoires de la dot, suivent la condition même du fonds telle que je l'ai précisée. Tant que le régime dotal subsiste, ils sont attribués au mari et les créanciers de la femme n'y peuvent prétendre aucun droit. En outre, comme ils sont concédés au mari bien moins dans son intérêt personnel qu'en sa qualité de chef de l'association conjugale et pour lui fournir les moyens de pourvoir à l'entretien de la femme et des enfants, ainsi qu'aux frais du ménage, il n'en peut disposer et les engager à ses créanciers que dans la mesure de leur excédent sur les besoins de la famille. La séparation de biens rend à la femme la jouissance de ses biens dotaux. Le même excédent devient, a-t-on prétendu, également disponible entre ses mains, et dès lors rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse l'engager même durant le mariage et avant séparation de biens. La Cour de Cassation n'a pas admis ce raisonnement spécieux et son arrêt solennel du 7 juin 1864 (S. 1864, 1, 201) maintient dans l'espèce l'insaisissabilité absolue des revenus dotaux. Mais si l'on suppose des créanciers de la femme postérieurs à la séparation de biens et poursuivant leur paiement avant la dissolution du mariage, cet excédent tombe parfaitement sous leur droit de saisie. (Cass., 4 nov. 1846. D. 47, 1, 174).

L'inaliénabilité des biens dotaux, dont je viens de parcourir les conséquences défavorables aux créanciers de la femme, ne concerne, d'après la doctrine consacrée depuis longtemps par les auteurs et la jurisprudence, que les obligations conventionnelles (Cass. 4 mars 1845. S. 45, 1, 513 et 515 ; Aub. et Rau T. V. p. 615). Ces biens répondent des obligations résultant des délits ou

quasi délits de la femme. Seulement, certains auteurs n'admettent cette aliénabilité de la dot que sous la réserve, durant le mariage, des droits du mari, c'est-à-dire pour la nue propriété seulement.

L'exception ainsi apportée à l'art. 1554 C. c. est fondée sur un intérêt d'ordre supérieur devant lequel doit fléchir la règle qu'il édicte. Une loi de protection, destinée à garantir la femme des conséquences de sa faiblesse relativement aux actes susceptibles de compromettre les biens dotaux, serait détournée de son but, si elle servait à les exonérer des suites de ses faits personnels, alors que ces faits sont des crimes, des délits ou des quasi délits. Ajoutez que, visiblement, l'art. 1554, en déclarant la dot inaliénable, n'a eu pour but que de préserver la femme des influences qui pourraient agir sur son consentement dans les actes ou les faits de la vie civile, c'est-à-dire dans les contrats ou quasi contrats. Il n'a pas entendu l'affranchir de la responsabilité établie par les art. 1382 et suiv., d'autant plus, qu'à la différence de certains autres délinquants placés sous la puissance d'autrui, personne n'est appelé à répondre pour elle du préjudice causé par son fait.

Les parties peuvent, par des conventions particulières, atténuer les effets naturels du régime dotal. L'art. 1557 C. c. dispose que « l'immeuble dotal peut être aliéné « lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de « mariage ». Et le principe de la liberté des conventions matrimoniales, proclamé par l'art. 1387 C. c. autorise à étendre cette modification et à stipuler d'autres clauses telles que la faculté pour la femme de céder ses reprises, d'hypothéquer ses biens dotaux... plus énervantes encore de l'inaliénabilité.

Les auteurs et la jurisprudence s'accordent à les interpréter dans un sens étroit et à les renfermer dans la mesure exprimée au contrat. En adoptant le régime dotal pour base de leur association, les parties ont manifesté leur désir d'assurer la conservation de la dot. Elles ont voulu cependant adoucir sur ce point les rigueurs de la dotalité ; mais il n'est pas permis d'étendre les exceptions qu'elles ont formulées, sans outrepasser leur intention présumée. C'est ainsi que la simple déclaration qu'un immeuble dotal pourra être aliéné n'emporte pas pour les créanciers le droit de le saisir. Ils ne le tirent pas même de la clause qui en autorise l'aliénation et l'hypothèque (Bord. 22 déc. 1857, S. 58, 2, 529 ; Cass. 3 avril 1849, S. 49. 1. 385).

Je consens que toute dérogation aux principes généraux du régime adopté par les parties et destiné à former le droit commun de leur union doit être expressément renfermée dans ses termes. Mais encore faut-il raisonnablement entendre cette règle d'interprétation et ne pas enlever aux expressions une partie de l'étendue qu'elles ont naturellement. Or, lorsque la femme s'est réservé le droit d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles, ne s'est-elle pas implicitement réservé la faculté d'en disposer à titre de gage au profit de ses créanciers même chirographaires ? Une hypothèque, en effet, n'est jamais que l'accessoire de l'obligation consentie pour le paiement d'une somme quelconque et dont elle constitue la garantie la plus haute. Puisque la femme s'est réservé la faculté d'hypothéquer, c'est qu'elle a prévu que, dans le mouvement des affaires conjugales, il serait utile pour elle et pour le ménage qu'elle y intervienne par ses obligations avec toutes les conséquences que les

engagements comportent de droit commun. La femme l'a si bien entendu ainsi, qu'elle a voulu aller au-delà même de la simple obligation et donner à son créancier, outre le gage de l'art. 2092 C. c., une cause légitime de préférence. — On objectera que les dettes chirographaires, se contractant avec plus de facilité que les dettes hypothécaires, l'interprétation que je défends méconnaît tout souci de la conservation de la dot. Mais pourquoi ne pas admettre que la clause présente indique précisément l'intention de réduire à peu la dotalité ? — Il est ainsi permis de reprocher à bien des décisions de la jurisprudence de réduire avec excès le sens des mots, d'exiger des synonymes, des clauses surabondantes et inutiles. Je signalerai comme exempt de ce défaut l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 mai 1861 (D. 61. 1. 156), d'après lequel, notamment, lorsqu'une femme, mariée sous le régime dotal, avec constitution en dot de biens à elle donnés par un tiers dans son contrat de mariage et d'autres biens lui appartenant en propre, se réserve la faculté d'aliéner tous ses immeubles dotaux et d'en appliquer le prix, à titre de emploi, au paiement des dettes de l'instituant, les créanciers de ce dernier peuvent poursuivre le paiement de leurs créances, non seulement sur les biens provenant de leur débiteur, conformément à l'art. 1558 C. c., mais encore sur tous les autres biens dotaux, une telle réserve emportant en leur faveur dérogation aux principes de la dotalité.

II. — L'inaliénabilité des biens constitués en dot s'attache proprement au régime dotal. Mais les divers types de régimes matrimoniaux organisés par le Code ne sont pas nécessairement adoptés par les parties dans

leur ensemble complet, absolu, exclusif. Le législateur même, en proclamant dans l'art. 1387 C. c., que les époux peuvent régler comme ils jugent à propos le régime de leurs biens dans l'association conjugale, les laisse libres de combiner entre eux les divers régimes du Code pour en composer un régime mixte dont les clauses auront toute efficacité. Or, est-ce que et dans quelle mesure, en dehors de l'adoption franche et entière du régime dotal, les époux peuvent faire des conventions matrimoniales tendant à soustraire une partie de leur patrimoine à l'action de leurs créanciers ? Si de pareilles conventions sont possibles, elles ne peuvent l'être qu'en faveur de la femme, aucun régime ne conférant au mari la faveur d'avoir des biens inaliénables. Je pose la question dans les termes mêmes où elle s'est présentée en pratique, et je me demande si la femme peut, sous le régime de communauté, rendre ses immeubles inaliénables et insaisissables.

Il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence que des éléments empruntés au régime dotal et au régime de communauté peuvent coexister dans un même contrat de mariage ; que la femme commune peut frapper ses propres de dotalité. Le contrat de mariage contiendra valablement une clause ainsi conçue : les immeubles A, B de la femme se comporteront comme dotaux. Mais supposez qu'il porte seulement que ces biens seront inaliénables ou qu'ils ne seront aliénables qu'à charge de emploi. Dans la seconde formule, l'inaliénabilité n'est, il est vrai, que conditionnelle ; mais la condition imposée à la vente ne change pas le caractère de la clause. Quelle portée donner à ces déclarations ? Y puis-je trouver une des exceptions à l'art. 2092 C. c., que j'étudie ?

Je remarque que la clause particulière de remploi ne saurait engager la responsabilité des tiers, si elle n'a été formellement stipulée à eux opposable. Bien que le système contraire ait été admis par plusieurs arrêts et par quelques auteurs, il choque manifestement la règle d'interprétation restrictive imposée à l'égard de toute clause qui déroge au droit commun. Supposons donc cette clause expressément formulée obligatoire vis-à-vis des tiers.

La Cour de Cassation, dans l'arrêt rendu toutes chambres réunies le 8 juin 1858 (D., 1858, 1, 233), a sanctionné lesdites clauses dans leur portée la plus étroite. Elle a décidé que les immeubles désignés ne pourraient pas passer aux mains d'acquéreurs volontaires, mais elle les a laissés exposés à la poursuite des créanciers saisissants, elle les a maintenus saisissables comme tous propres de communauté. L'insaisissabilité, pas plus qu'aucune autre des conséquences de la dotalité, ne saurait, dit-on, dériver des clauses dont s'agit.

Je me permettrai de critiquer cet arrêt. Qu'une clause d'inaliénabilité ne soumette pas les biens qu'elle frappe à une dotalité complète, c'est ce que l'art. 1392 C. c. impose. Ces biens demeureront prescriptibles ; le mari ne pourra exercer seul à leur égard que les actions possessoires et non les pétitoires ; les conditions de la jouissance du mari, le calcul des fruits à restituer lors de la dissolution du mariage, le rapport à la succession du constituant, en cas d'insolvabilité du mari à l'époque de la donation, seront soumis aux règles qui gouvernent les propres de communauté et non pas à celles qui gouvernent les biens dotaux. Mais dès l'instant où l'arrêt reconnaît que les biens désignés par la clause seront

inaliénables, il me paraît impossible de nier qu'ils soient par là même insaisissables. En supposant particulièrement la clause de remploi, il est constant que la femme ne peut aliéner que sous certaines conditions ; que les tiers acquéreurs en sont constitués responsables ; que dès lors ils ne peuvent permettre qu'on s'en écarte, ce qui équivaut pour la femme à la prohibition de disposer de son immeuble ou du prix. Or, si la femme ne peut vendre ni par là même hypothéquer, si en un mot elle est forcée de respecter son propre bien, elle ne peut faire qu'il devienne le gage de ses créanciers, qui n'ont en aucun cas plus de droits qu'elle-même. Qui s'oblige oblige le sien ; mais on n'oblige le sien que dans les limites de sa capacité. D'ailleurs comment ne voit-on pas que le droit de suite qu'on prétendrait conférer aux créanciers de la femme est en opposition directe avec l'obligation qu'à dû subir l'acquéreur de veiller à ce que l'immeuble ou le prix qui le représente reste entier à la femme, garantie qui résulte du remploi ?

Les clauses que je viens de parcourir apportent ainsi de nouvelles exceptions à la règle « *Qui s'oblige oblige le sien.* »

CHAPITRE V.

Clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité.

J'arrive à la théorie des conditions d'inaliénabilité et d'insaisissabilité envisagées sous leur forme générale et abstraite. La substitution et la dotalité que je viens d'étudier n'en sont, à vrai dire, que des applications particulières. Si je les ai placées au premier plan, c'était pour présenter d'abord sous une forme concrète, et par là même mieux saisissable, une idée générale prenant corps dans deux institutions importantes.

Ce sont des clauses usitées dans les donations entre vifs et les testaments que celles par lesquelles le disposant, sous l'influence de motifs divers, stipule, en des formules plus ou moins compréhensives, que les biens, objet de la libéralité, seront inaliénables ou insaisissables entre les mains du gratifié. Etudions successivement la condition d'inaliénabilité et celle d'insaisissabilité.

I. La prohibition d'aliéner paraît à la jurisprudence et à la plupart des auteurs une clause contraire à la loi et à l'ordre public. Elle tend en effet à frapper les biens d'immobilité, à les retirer du commerce, à créer en quelque

sorte des biens de main-morte. Elle altère ainsi le droit de propriété dans un de ses éléments essentiels. Elle est contraire au principe de la libre circulation des biens ; elle paralyse l'essor de la richesse publique. Au surplus de nombreuses dispositions du Code civil révèlent avec éclat chez le législateur la pensée de réprimer l'inaliénabilité, ne serait-ce que la prohibition en principe des substitutions. (Lyon, 7 avril 1835, D. 36, 2, 183 ; Lyon, 12 juin 1856, D. 56, 2, 224 ; Alger 20 janvier 1879, D. 79, 2, 143 ; Cass. 19 mars 1877, D. 79, 1, 455).

Ainsi la condition de ne pas aliéner apposée à une disposition entre vifs ou par testament est illicite. La circonstance que le donataire serait faible d'esprit ou prodigue et que le disposant craindrait qu'il ne se portât à des actes ruineux d'aliénation, ne saurait autoriser à prononcer contre lui une défense absolue d'aliéner. La loi a institué contre le dérangement des facultés intellectuelles et contre la prodigalité des moyens de protection auxquels on peut recourir, mais qu'il n'est pas permis de remplacer par des moyens arbitraires. Au reste le disposant recourrait vainement au détour d'une clause pénale. Au lieu de donner purement et simplement sa maison à Primus, sous la condition qu'il ne l'aliénera pas, il dira peut-être : si Primus aliène la maison que je lui donne, je veux qu'il paie cent à Secundus ou je déclare léguer ma maison à Secundus. Inutiles détours. La clause pénale n'est pas plus valable que la prohibition directe, elle tombe avec la clause principale dont elle tend à sanctionner l'accomplissement.

Étant illicite, la clause d'inaliénabilité est réputée non écrite par application de l'art. 900 C. c. : la libéralité est tenue pour pure et simple. (Voyez les arrêts cités

ci-dessus.) L'élastique théorie de la cause illicite (1) ne saurait aucunement trouver ici son application. Cette théorie écarte l'art. 900 C. c. et annule la libéralité même qui est affectée d'une condition impossible ou illicite, lorsque la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. Quelle que soit la valeur juridique de cette limitation de l'art. 900, la condition d'inaliénabilité y échappe sans contredit, par cette raison péremptoire que l'inaliénabilité n'est pas un but en soi, mais un moyen de réaliser une intention déterminée.

La réprobation absolue de toute condition d'inaliénabilité n'irait cependant pas sans de graves inconvénients, et des intérêts sérieux sollicitent des tempéraments à cette sévérité. La jurisprudence qui est, comme on a dit, l'expression fidèle des besoins et des mœurs de la société, a été contrainte d'y céder. On peut ainsi résumer, avec M. Demolombe (2), les diverses concessions que des besoins impérieux ont arrachées à sa fidélité envers un principe qui paraissait absolu. « S'il faut considérer
« comme illicite la condition de ne pas aliéner, dit le
« savant jurisconsulte, lorsqu'elle est absolue et indéfinie,
« notre avis est au contraire qu'il faut la considérer
« comme licite lorsqu'elle est seulement relative et temporaire et qu'elle se trouve d'ailleurs justifiée par un
« intérêt sérieux. C'est ce qui peut arriver dans trois
« cas, à savoir lorsqu'elle a pour but de garantir :
« 1° soit l'intérêt du disposant ; 2° soit l'intérêt d'un
« tiers ; 3° soit même aussi l'intérêt du donataire ou du
« légataire. »

(1) Cass., 29 juin 1871, S., 75, 1, 293 ; Cass., 20 mai 1879, D., 79, 1, 431 ; Cass., 17 juillet 1883, S., 84, 1, 305. .

(2) Demolombe, T. XVIII, p. 292.

Ainsi on devra d'abord respecter la condition de ne pas aliéner imposée au donataire par le disposant dans le but de garantir un droit qu'il se serait réservé à lui-même sur la chose donnée, par exemple l'usufruit de cette chose. Il est loisible à un père de famille qui fait donation de ses biens à ses enfants de s'en réserver l'usufruit, et, dans l'intérêt de son droit d'usufruit, d'imposer à ses enfants la condition de ne pas aliéner de son vivant. (Cass., 25 janvier 1860, S., 1860, 2, 477 ; Cass., 27 juillet 1863, S., 63, 1, 465). De même si le disposant, en imposant au donataire la condition de ne pas aliéner, avait eu en vue de garantir, dans son intérêt, l'efficacité d'un droit de retour conventionnel ou légal (Douai, 23 juin 1851, D., 1852, 2, 245). De même encore si la défense d'aliéner était destinée à garantir une rente viagère servie par le propriétaire du bien qu'on prétend soustraire à l'aliénation (Nancy, 24 décembre 1869, D., 1872, 2, 57).

En second lieu, il faudra respecter comme licite la condition de ne pas aliéner en tant qu'elle aurait été imposée au donataire ou au légataire dans le but de garantir l'exercice d'un droit réservé par le disposant au profit d'un tiers, comme par exemple un droit d'usufruit ou de rente viagère que le disposant aurait constitué au profit du tiers, et dont il voudrait lui faciliter l'exercice en assurant l'immutabilité du propriétaire ou la fixité des revenus du débiteur. (Douai, 27 avril 1864, S., 1864, 2, 254 ; Cass. 12 juillet 1865 S. 1865. 1. 342 ; Cass. 9 mars 1868, D. 1868. 1. 310).

Enfin il se peut même que la condition de ne pas aliéner doive être considérée comme licite dans le cas où elle aura été imposée dans l'intérêt du donataire ou

du légataire lui-même. Les arrêts autorisent le disposant à stipuler que celui-ci ne pourra pas aliéner avant d'avoir atteint un âge déterminé ou contracté mariage. Le gratifié est alors un jeune homme dont le donateur redoute les goûts de dissipation et qu'il veut sauver des égarements possibles, en lui assurant des ressources pour le moment où elles lui seront le plus utiles. (Lyon, 15 mars 1854, S. 1855. 2. 424 ; Paris, 16 fév. 1859, S. 1860 2. 186 ; Cass. 11 juillet 1877, D. 1878. 1. 62). Un arrêt de la Cour de Cassation du 7 fév. 1831 (D. 1831. 1. 79) a même admis la prohibition indéfinie d'aliéner imposée au donataire. Il convient d'ailleurs de faire observer que les circonstances de l'espèce étaient particulièrement favorables à cette décision. Le disposant avait légué la quotité disponible à son enfant unique, à charge par celui-ci de la rendre à ses enfants. Il avait ajouté que si le légataire venait à aliéner les biens composant sa réserve légale, il serait privé de l'usufruit des biens substitués. La disposition prenait l'apparence d'une simple option plutôt que d'une clause tendant à paralyser la libre aliénation des biens.

Cette jurisprudence, telle que je viens de l'analyser, a été l'objet de vives critiques. J'en trouve dans le Répertoire de Dalloz, v^o Disposition, n^o 179, l'expression infiniment nette : « Tout ce qui est contraire au principe
« de la libre circulation des biens a été regardé par le
« législateur comme contraire à l'ordre public Sans
« doute, à maintenir ce principe inflexible, on se montre
« rigoureux en des hypothèses données ; mais comme
« il est impossible de déterminer la limite des restrictions
« qu'on réclame, il est préférable de maintenir une règle
« sévère, mais uniforme, plutôt que d'ouvrir la porte à

« l'arbitraire variable et capricieux des tribunaux. » Ainsi l'ordre public s'opposerait à la validation de toute clause portant prohibition d'aliéner absolue ou relative, perpétuelle ou temporaire. L'ordre public, plus fort ici que la volonté des parties, au-dessus de la liberté du propriétaire, réprouverait absolument comme illicite toute intention de faire échec à la libre circulation des biens.

M. Martin, dans son ouvrage déjà cité, a même frappé d'une qualification encore plus énergique les clauses dont s'agit : il les traite de juridiquement impossibles. M. Martin a élargi la catégorie traditionnelle des conditions impossibles, en y comprenant, par une formule bien élégamment composée, outre les conditions prévoyant un acte juridique que ses termes rendent impossible, celles qui, sans imposer un acte juridique proprement dit, prétendraient assurer une situation de droit que rend impossible le jeu des principes généraux ou l'application des textes particuliers. Apparemment, le principe de l'aliénabilité des biens lui paraît un de ceux dont le jeu rend impossible la condition de ne pas aliéner.

La terminologie de M. Martin est peut-être plus exacte que la terminologie courante. Mais a-t-il suffisamment justifié son éloignement pour la jurisprudence que je viens d'analyser, lorsqu'il se contente de dire que la clause d'inaliénabilité enferme une condition juridiquement impossible ? Est-ce que l'impossibilité juridique est si exactement définie, délimitée qu'il le prétend et nous convie à le croire ? Est-ce que la présente discussion ne se ramène pas à cette question : le principe de l'aliénabilité des biens est-il tellement absolu que

des intérêts sérieux et respectables ne le puissent mettre en échec ? C'est à dire qu'une notion divergente de l'ordre public le sépare de la jurisprudence. Or l'ordre public n'est pas une catégorie inflexible, irréductible dans le temps. — On répondra que le législateur seul la peut modifier, que seul il peut allonger ou diminuer la liste des exceptions possibles à des principes qu'il a incontestablement dotés d'un caractère impérieux. Mais l'interprète, lui, ne le peut pas, et M. Bartin accuse la jurisprudence de sortir de son rôle, de vouloir imiter le préteur romain, dont l'*imperium* enfermait une portion du pouvoir législatif.

Je crois pouvoir justifier la jurisprudence de ces reproches. N'appartient-il pas en effet au pouvoir judiciaire, qui a l'interprétation de la loi, d'interpréter à l'occasion la notion variable de l'ordre public, lorsque le législateur a dressé, dans le domaine juridique, cette idée en obstacle à la liberté des volontés particulières ? On dit qu'en l'espèce les exceptions que le législateur entendait permettre au principe de la libre circulation des biens, il les a lui-même fixées dans la théorie des substitutions permises et de la dotalité, et qu'il nous est interdit de les pousser plus loin. Je réponds qu'un propriétaire peut user de son bien comme il l'entend, sous réserve de ne pas contrevenir aux lois. Or les lois consacrent le principe de la libre circulation des biens comme un principe d'ordre public ; partant, elles n'impriment à ce principe que la rigueur malléable, que l'inflexibilité relative de la notion d'ordre public. Et cette notion, le législateur la devait nécessairement laisser indéterminée, puisqu'elle fixait les droits variables de la société sur l'individu. Ne revient il pas aux tri-

bunaux d'en déterminer le contenu, pour ainsi dire, la mesure, et de ratifier la volonté des parties si elle leur paraît conciliable avec les droits de la société ? Ce n'est pas l'arbitraire que j'introduis ici dans la loi, mais je soumets le sens et la portée de la loi à leur interprète naturel, dont le rôle s'agrandit ici au point d'effrayer M. Bartin, mais s'agrandit selon la prévision même du législateur, puisqu'il ressort à sa fonction d'apprécier le caractère licite ou illicite d'actes juridiques que le législateur ne pouvait laisser que de lui soumettre.

Tout en repoussant, au nom des principes que j'ai dits, les décisions judiciaires qui approuvent les clauses d'inaliénabilité, M. Bartin a la prétention de ne pas laisser en souffrance les besoins et les intérêts auxquels cette jurisprudence a voulu satisfaire. Par une analyse nouvelle de la clause d'inaliénabilité, M. Bartin y voit une simple obligation personnelle de ne pas aliéner imposée par le donateur au donataire : lien d'un caractère personnel qu'il oppose au caractère réel de la condition de ne pas aliéner telle qu'on communément on l'envisage. Sous cet aspect, la condition de ne pas aliéner se présente comme la charge d'une libéralité. Dès lors elle n'est plus juridiquement impossible, puisqu'elle se réduit à provoquer une pure abstention dont l'observation dépend du bénéficiaire. — On objectera peut-être que si l'inaliénabilité des biens est un principe supérieur aux conventions privées, la faculté d'aliéner ne peut pas davantage se plier à la volonté des parties, et que toute clause qui y porte atteinte est également illicite. M. Bartin répond qu'aussi bien il ne valide la défense d'aliéner que si elle se réduit à l'exercice normal, à l'usage légitime de la faculté d'aliéner. Dans cette me-

sure, le tempérament qu'il propose est, suivant lui, certainement admissible. Est-ce qu'en effet une promesse unilatérale de vente n'oblige pas le promettant à ne pas aliéner la chose offerte pendant les délais convenus ? Et cependant le caractère licite de cette promesse est indiscuté.

Ce sens et cette portée nouvelle attachés à la prohibition d'aliéner servent à M. Bartin pour valider, sous réserve de conséquences différentes, les deux premières hypothèses où nous avons vu la jurisprudence sanctionner la clause d'inaliénabilité, comprise comme une charge réelle. Ces deux hypothèses, où ladite clause tend à garantir l'intérêt du disposant ou d'un tiers, paraissent à M. Bartin présenter des cas d'exercice normal et régulier de la faculté d'aliéner. Que si la défense ne répond qu'au seul intérêt du gratifié, l'intérêt qui la dicte est nécessairement illicite, et il faut la frapper sans distinction ni hésitation. Elle tend, en ce cas, à ôter au gratifié la faculté d'aliéner qu'il ne saurait perdre ; tandis que, si la charge imposée tend au profit d'un autre que lui, il ne fait, en l'acceptant, qu'exercer normalement une faculté naturelle.

J'avoue ne pas voir clairement de raison de différence, eu égard à la validité de l'acte, entre le cas où quelqu'un abdique une faculté naturelle dans l'intérêt d'un tiers et le cas où cette faculté recevrait les mêmes atteintes dans le propre intérêt de la personne en cause. Je puis renoncer au droit naturel d'aliéner le bien dont vous me gratifiez, ou bien vous pouvez m'imposer de le conserver pour garantir un droit que vous vous réservez sur ce bien ou que vous conférez à un autre, et je ne pourrais pas m'imposer pareille charge en vue d'un revers pos-

sible, de malheurs futurs ! Cette abdication d'un droit naturel que je consomme dans l'intérêt d'autrui ne serait que l'exercice normal et régulier de ce droit, et j'aliénerais au contraire cette faculté inaliénable en y renonçant partiellement dans mon intérêt bien entendu ! Le jeu d'une faculté me semble quelque peu anormal et irrégulier qui va jusqu'à la consommation de cette faculté.

Au surplus, qui appréciera si la clause, dans les circonstances qui la déterminent, présente le caractère normal et régulier qui seul permet de la sanctionner ? Les tribunaux apparemment. Mais ce pouvoir que M. Martin remet aux tribunaux me semble fort analogue à celui qu'ils se reconnaissent quand ils apprécient si une clause d'inaliénabilité réelle est licite ou non, à raison de certaines circonstances. L'esprit de la loi n'a pas, à vrai dire, ces limites scholastiques : elle n'a pas méconnu les besoins qui ont provoqué la jurisprudence que j'ai exposée, elle contient virtuellement cette jurisprudence elle-même.

M. Martin a cru pouvoir donner satisfaction à ces besoins en respectant des principes selon lui incompressibles. Sa théorie a-t-elle bien la valeur pratique qu'il lui attribue ?

Nous avons vu qu'il laisse en souffrance un intérêt considérable, en refusant à une personne qui redoute la prodigalité de celui qu'elle veut gratifier tout autre moyen de précaution que la fâcheuse mesure du conseil judiciaire ou de l'interdiction. Mais même lorsqu'il porte les principes au secours du donateur ou d'un tiers que la clause d'inaliénabilité tend à protéger, les protège-t-il d'une protection bien efficace ? Nous la pourrons

apprécier et mesurer en considérant la sanction dont il garantit alors la défense d'aliéner. Ne manque-t-elle pas le but que s'est proposé le disposant ?

D'abord quelle est-elle ? La défense d'aliéner n'étant qu'une simple charge de ne pas aliéner apposée à la donation, si le donataire manque à l'exécution de cette charge, les art. 954 et 1046 C. c. ouvrent contre lui une action en révocation de la donation. Dès lors, lorsque la clause d'inaliénabilité sera conçue dans l'intérêt du disposant (1), celui-ci, en exerçant cette action, recouvrera les biens donnés libres de toutes charges du chef du donataire. Il jouit ainsi, quant à lui, d'une garantie identique à celle qui résulterait de la clause d'inaliénabilité conçue comme réelle et sanctionnée par la nullité de l'aliénation consentie au mépris de la prohibition. Mais cette action n'appartiendra pas aux héritiers du donateur, « à moins que la défense d'aliéner ne « dût lui survivre ou que, l'aliénation qui l'enfreint « ayant eu lieu pendant la vie du disposant, celui-ci en « eût différé l'exercice, et que d'ailleurs cette action, née « en sa personne, ne fût déjà éteinte ni par la prescription trentenaire ni par une renonciation expresse « émanée de lui (2) ». Les créanciers du donateur ne l'auront que dans la mesure de l'art. 1166 C. c. — Elle n'appartiendra pas aux ayant-cause du donataire. Pour prendre une hypothèse qui a été déferée à la jurisprudence, un créancier hypothécaire du chef du donataire, dont le droit est né après que la défense d'aliéner et d'hypothéquer a pris fin, ne pourra pas se prévaloir de

(1) L'acte de disposition est, dans ce cas, nécessairement entre vifs.

(2) *Bartin, Théorie des condit. imposs.*....., p. 186.

la clause pour primer un créancier hypothécaire dont le droit aurait été constitué au mépris de cette défense. (Cass., 20 avr. 1858, S. 1858, 1, 519).

Quid dans la seconde hypothèse, celle où la clause d'inaliénabilité est écrite en faveur d'un tiers ?

Le droit de révocation comporte les mêmes effets que dans les cas précédents. Mais il peut se présenter que la défense d'aliéner ait été adressée à l'héritier. Il se trouve alors obligé envers lui-même, partant il n'a aucune révocation à redouter. Que s'il a des cohéritiers, ceux-ci pourront bien, dans la mesure de leur part héréditaire, intenter l'action en révocation : mais ils peuvent n'y avoir aucun intérêt matériel. Si la défense est adressée à un légataire, il se peut encore que l'héritier ou les héritiers n'aient pas d'intérêt pécuniaire à poursuivre la révocation de la donation en cas de manquement à la clause ; leur abstention est possible. En tous cas, le tiers intéressé est à leur discrétion, à moins qu'une clause pénale n'ait été ajoutée en sa faveur. Cette clause pénale est l'unique ressource pour donner au tiers un moyen personnel d'action. — Lorsque la disposition est entre vifs, le tiers peut avoir été mis en cas d'invoquer l'action en dommages et intérêts de l'art. 1121 C. c.

Ainsi, dans le cercle trop étroit des intérêts que M. Martin prétend protéger, la garantie qu'offre son système peut manquer absolument, et elle est comme anémique quand elle existe. Une clause pénale, une action en dommages et intérêts s'évanouissent devant l'insolvabilité du débiteur. Est-ce là ce qu'avait voulu le disposant ? En formulant une clause d'inaliénabilité, n'avait-il pas entendu frapper toute contravention à

cette clause d'une nullité absolue, invocable par tout intéressé ? Est-ce qu'en un mot il n'avait pas entendu marquer les biens désignés d'une condition juridique spéciale, affectant, entre les mains du détenteur, les conditions normales du droit de propriété d'une charge réelle avec toutes les conséquences de droit. La jurisprudence a sanctionné cette volonté. J'ai dit les raisons pour lesquelles je souscris à ses décisions. Je comprends sans doute qu'on répugne à la suivre, mais alors est-il pratiquement utile de flatter la volonté du disposant d'une prétendue satisfaction conforme aux principes, lorsqu'en vérité on la trahit ?

II. Je l'ai déjà maintes fois noté, la clause d'inaliénabilité entraîne pour conséquence naturelle, logique et légale l'insaisissabilité des biens qu'elle frappe. Les créanciers du donataire, quels qu'ils soient, ne sauraient exercer un droit qui n'appartient pas à leur débiteur, lequel ne peut être admis à faire par autrui ce qu'il ne lui est pas permis de faire lui-même. Autrement, par une collusion trop facile, il pourrait rendre vaines les sages précautions prises dans son intérêt propre, ou celui d'un tiers ou celui du donateur. Ce n'est nullement étendre la clause en question que de considérer les biens qui en sont frappés comme insaisissables, puisque la saisie suivie d'expropriation n'est qu'une aliénation véritable, quoiqu'elle soit involontaire et forcée.

Mais l'insaisissabilité se conçoit sans l'inaliénabilité, elle peut être formulée séparément, isolément. Elle tend alors seulement à soustraire les choses données aux voies d'exécution forcée et à la mainmise des créanciers, auxquels le donateur n'a d'ailleurs causé aucun dom-

image en gratifiant sous cette loi le donataire d'objets auxquels ce dernier et ses ayant-cause n'avaient rien à prétendre. On ne peut reprocher à l'insaisissabilité de faire sortir du commerce des biens donnés sous cette condition, puisque la chose déclarée insaisissable n'en demeure pas moins aliénable. Son admission ne prête plus aux mêmes objections des principes de l'économie politique.

Cette clause se présente en opposition directe avec l'article 2092 C. c. Elle en est la négation, elle est comme le type des exceptions que j'étudie. Elle vient ainsi heureusement comme la dernière expliquée du groupe que j'ai défini en premier lieu.

La clause d'insaisissabilité, à la différence de la prohibition d'aliéner, est prévue explicitement par la loi. L'art. 581 C. p. c. proclame insaisissables les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le donateur ou le testateur, par exemple une rente viagère constituée à titre gratuit (art. 1981 C. c.). Ces sommes et rentes ne peuvent être saisies par les créanciers antérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs. (Art. 582 C. p. c.) Le plus souvent, en effet, c'est pour les prêts et les fournitures qu'ils ont faits à la personne et la facilité qu'ils ont eue à contracter avec elle que celle-ci a dissipé son patrimoine et que ses parents et amis se portent à lui donner, pour la préserver de la misère. D'ailleurs cette rente ou cette somme n'étant pas dans les biens de leur débiteur, au moment où ils ont traité avec lui, ils ne peuvent pas dire qu'ils l'ont fait dans l'espérance d'être payés sur cet objet, et le bienfaiteur ne leur fait aucun tort. Mais les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs

peuvent saisir les biens dont s'agit, en vertu de la permission du juge et pour la portion qu'il détermine. (Art. 582 C. p. c.) La loi a considéré que ces créanciers, voyant leur débiteur jouir d'un certain revenu et ignorant l'insaisissabilité, ont pu traiter avec lui d'après l'état de fortune que supposait ce revenu, et qu'il n'était pas juste qu'ils souffrissent de ce que ce débiteur, abusant de leur ignorance, a excédé les limites de ses ressources. Mais comme ils ne peuvent saisir qu'en vertu de la permission du juge et pour la portion qu'il détermine, c'est à lui de peser les circonstances : il doit se guider d'après le plus ou moins de bonne foi du débiteur et favoriser les créanciers de bonne foi plus que ceux qui, par leurs prêts ou fournitures excessifs, ont facilité au débiteur les moyens de se ruiner.

L'exception posée par les articles 581 et 582 C. p. c. à la saisissabilité des biens ne concerne textuellement que les meubles. Mais la jurisprudence a étendu ces dispositions et permis d'apposer au legs ou à la donation d'immeubles une clause d'insaisissabilité (Cass., 10 mars 1852, Sir., 1852, 1, 345 ; Cass., 20 décembre 1864, Sir., 1865, 1, 9). Cette clause est sans effet à l'égard des créanciers postérieurs à la libéralité conditionnelle, mais elle sera pleinement opposable aux créanciers antérieurs.

Le droit de propriété implique en effet pour le propriétaire le droit de disposer librement de ses biens, et sa volonté est toute puissante tant qu'elle ne se trouve pas en contradiction avec la loi ou les mœurs. Or lorsqu'un donateur ou un testateur, dans le but de secourir un débiteur malheureux, entend lui faire don d'une portion libre et disponible de ses biens, nulle part la loi ne lui défend de mettre à sa libéralité la condition

que les biens actuellement donnés ou légués ne répondront pas des dettes du gratifié antérieures à la donation ou à l'ouverture du legs. Bien mieux l'art. 581 C. p. c., à l'égard des sommes ou objets disponibles, affirme la validité de cette clause. Pourquoi serait-elle inefficace lorsque les biens donnés ou légués sont des immeubles ? Pourquoi un propriétaire aurait-il des droits plus étendus sur sa fortune mobilière que sur sa fortune immobilière ? Pour rester dans les termes mêmes de la disposition expressément autorisée par la loi, il suffira au donateur de vendre ses immeubles et d'en donner ou léguer le prix avec clause d'insaisissabilité. Faut-il croire que la loi serait mieux respectée par ce détour ingénieux ?

J'ai dit que les créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs ne se verront pas opposer ladite clause. Il est en effet manifeste que si la condition d'insaisissabilité doit être déclarée valable, non seulement à l'égard des meubles, mais aussi à l'égard des immeubles, la restriction établie par la loi (art. 582 C. p. c.) quand il s'agit d'objets mobiliers, doit être également étendue aux objets immobiliers. Je ne saurais donc souscrire à l'arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1863 (D. 64. 1. 494) qui a déclaré opposable, même aux créanciers postérieurs à la donation, une clause d'insaisissabilité stipulée à l'égard d'immeubles dans l'intérêt du donateur.

Les créanciers antérieurs seuls seront atteints par la condition, et ils ne sauraient en alléguer aucun préjudice. Car, ainsi que je l'ai dit plus haut, un créancier, au moment où l'obligation se forme, ne peut raisonnablement compter, parmi ses garanties futures, que les biens que le débiteur acquiert par son industrie, ou ceux

sur lesquels il peut avoir un droit de réserve. Quant à dire que l'art. 2092 C. c. pose un principe absolu, auquel il ne faudrait admettre que les exceptions explicitement contenues dans la loi, c'est résoudre la question par la question. En vain ajouterait-on que la morale proteste contre la situation d'un créancier dans la misère à côté de son débiteur dans l'opulence. Il est facile de répondre qu'une grande fortune mobilière insaisissable présente identiquement les mêmes contrastes. Au surplus, le régime dotal ne permet-il pas à un mari obéré de dettes de vivre largement des revenus dotaux de sa femme ?

La jurisprudence, en étendant aux immeubles la disposition de l'art. 581, 3° C. p. c. ne la leur a pas, d'après les solutions que j'ai exposées, appliquée dans toute sa largeur. Elle n'a pas réservé, comme préalable à la saisie des créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs, la permission du juge et son pouvoir de déterminer les causes de la saisie. Je pense qu'elle a cédé à cette règle d'interprétation que, la clause d'insaisissabilité étant illicite en principe, il ne convenait pas d'étendre les dispositions qui l'autorisent par exception au-delà des exigences de la nécessité logique.

Cette pratique a rencontré dans la doctrine à peu près les mêmes adversaires qui combattent celle de la condition d'inaliénabilité. J'en ai par avance réfuté les objections. Mais je voudrais m'arrêter sur la glose de M. Bartin, dont le livre est si suggestif.

Il réproche la condition d'insaisissabilité avec la même énergie dont il a frappé la condition de ne pas aliéner, mais en outre il essaie de bâtir sur les ruines qu'il a accumulées et il inaugure une théorie nouvelle de la condition d'insaisissabilité, fondée sur les mêmes idées

que son système sur la clause d'inaliénabilité. Celle-là ne serait plus l'attribution d'une qualité juridiquement impossible ou illicite aux biens désignés, mais l'imposition d'une charge au propriétaire de ces biens, donataire, héritier ou légataire, obligation de ne point encourir la saisie desdits biens. La sanction en serait une action en révocation telle que nous l'avons vue fonctionner à l'égard de l'obligation de ne point aliéner. Cette obligation de ne point encourir la saisie des biens affectés par la clause se ramène à la promesse par le donataire que ses créanciers ne saisiront pas ces biens, c'est-à-dire à la promesse personnelle du fait d'autrui, formellement autorisée par l'art. 1120 C. c.

On objectera peut être que la faculté pour une personne de s'obliger envers autrui, d'engager ses biens en garantie des droits de ses créanciers est un élément de l'ordre public aussi supérieur aux conventions privées que le principe de la saisissabilité des biens. M. Martin écarte cette objection comme, dans sa théorie de la clause d'inaliénabilité, il a écarté l'objection tirée du caractère impératif de la faculté d'aliéner. Cette renonciation à la faculté d'offrir tels de ses biens en gage de ses dettes pourra n'être, suivant les circonstances, que l'usage normal de la faculté de s'obliger, du principe même de l'art. 2092 C. c., tout comme la défense d'aliéner est elle-même valable dans les limites où elle implique l'exercice régulier et non la suppression de la faculté d'aliéner. Les juges apprécieront, décideront d'après ce critérium.

Je me contenterai de remarquer, sans plus ample insistance, qu'il m'est impossible de voir dans la théorie de M. Martin plus de fixité ni de rigueur que dans la jurisprudence. Toutes les objections que j'ai faites avec

détail à sa théorie de la condition de ne pas aliéner se retrouvent contre sa théorie de la clause d'insaisissabilité. Puisque la rigueur juridique, la précision doivent passer en première ligne, je n'hésite pas à dire que la jurisprudence se recommande mieux de ces qualités, au moins dans les dispositifs de ses jugements qui se détachent incontestablement en arêtes vives et saillantes.

Les applications de la condition d'insaisissabilité se réduisent, dans notre droit civil, aux espèces que j'ai analysées. La législation des Etats-Unis (1) en a bien autrement étendu le domaine par une institution de formation récente dont l'idée générale se peut résumer ainsi : à certaines conditions déterminées, les Constitutions et les statuts mettent à l'abri de la poursuite des créanciers, de la saisie et de la vente forcée, certains immeubles occupés à titre de demeure par le débiteur et sa famille, qui constituent le *Homestead*. Des économistes distingués (2) réclament l'importation en France de ce système des exemptions de saisie en faveur du foyer domestique. Les Américains le considèrent, paraît-il, comme l'une des institutions fondamentales de leur démocratie. C'est assez marquer d'avance l'intérêt de ce que j'en vais écrire.

Les *Homestead-exemption laws* tirent leur origine

(1) L'institution des *homestead-exemption laws* a été inaugurée en 1839 par la république du Texas. Elle a été adoptée en 1849 par le Vermont et ensuite par tous les Etats et territoires de l'Union américaine, à l'exception de quatre. La Louisiane qui, au lieu de la *Common law*, a le Code Napoléon pour base de sa législation, l'a introduite en 1883. Le Parlement canadien, en 1878, l'a naturalisée dans les territoires du nord-ouest sous le nom français de *bien de famille*.

(2) Voy. *Journal des Economistes*, mars 1887.

de l'esprit même du peuple américain, de son respect de l'indépendance individuelle, de son sentiment du caractère sacré de la maison (*home*), comme aussi des conditions où il est placé et qui lui font une nécessité de stimuler par tous les moyens les efforts du colon et de l'émigrant, ainsi encouragés par la certitude de la sécurité en cas de mauvaise fortune. Les économistes et les philosophes relèvent les bienfaits sociaux de l'institution : stabilité des familles, développement de l'esprit d'initiative et d'entreprise qui ne craint plus de compromettre les ressources de première nécessité, maintien des cadres de culture, tout cela sans aucune gêne de la faculté d'aliéner. Sans doute, on conteste ces avantages et l'on accuse le *homestaed* de conduire le paysan à la culture routinière, de le détourner de la culture intensive, de détruire le petit crédit hypothécaire et de n'être ainsi favorable ni à l'extension de la famille ni à celle du crédit. Mais le juriste et le praticien ne pourront s'empêcher d'y voir l'avantage, plus modeste mais certain, de garantir la famille et les enfants des conséquences des fautes du chef de famille dans la gestion du patrimoine, en leur assurant à tout événement un asile et des ressources.

Je dirai sur cette institution, en m'efforçant d'être net, précis et bref, à quelles conditions est subordonnée l'insaisissabilité qu'elle consacre ; à quels biens celle-ci peut s'appliquer ; quel doit être le droit du débiteur sur ces biens ; quelles personnes peuvent se prévaloir de l'*exemption* ; quels en sont les effets ; comment elle prend fin.

Si j'ai rattaché les *homestaed-exemption* aux dérogations que la volonté de l'homme peut apporter à la

règle « Qui s'oblige oblige le sien », c'est que la volonté, l'intention d'imprimer à tel immeuble la qualité et les caractères du *homestaed*, est une condition indispensable pour l'en revêtir. Dans certains territoires, (notamment dans le Connecticut, la Floride, la Louisiane), cette volonté sera suffisamment manifestée par les circonstances de fait ; dans d'autres, elle devra s'accompagner de formalités, de déclarations sur un registre tenu à cet effet (*homestaed-book*) au greffe du comté ou de la Cour de la situation des immeubles. Les déclarations contiendront une description exacte des biens affectés au *homestaed*. — Une autre condition est nécessaire à la constitution de biens insaisissables, condition toute matérielle, à savoir la résidence réelle, effective et définitive de la famille sur les biens déclarés.

Le privilège qui protège le *homestaed* s'attache à des étendues et à des valeurs de terrains variables suivant les Etats. Au Texas, dans la Géorgie, la Californie, par exemple, la jurisprudence est fort libérale : elle prémunit contre les voies d'exécution le comptoir, le magasin, le cabinet de travail. Les cours d'Iowa sont plus sévères. Presque nulle part, l'insaisissabilité ne s'attache aux bâtiments employés uniquement à une exploitation industrielle ou commerciale. — En cas de prétention excessive, si les biens sont partageables, le surplus est livré aux créanciers qui le peuvent saisir et vendre ; s'ils sont impartageables, la totalité est mise en vente et la partie du prix privilégiée est conservée au débiteur. — En certains Etats, des considérations tirées de l'intérêt de l'agriculture permettent de soustraire à la saisie une étendue de terrain plus considérable à la campagne qu'à la ville. — Les terrains constitués en

homestaed doivent, dans quelques territoires, comme l'Illinois, embrasser une surface ininterrompue ; en d'autres, comme la Californie, ils peuvent être formés de parcelles séparées, mais qui toutes doivent être exploitées par la famille.

De droit commun, on peut constituer en *homestaed* un droit quelconque qu'on a sur un immeuble, propriété, usufruit, bail. Certains Etats, comme le Massachusets, vont jusqu'à comprendre dans les termes de la loi sur l'insaisissabilité toute personne ayant sur le sol un intérêt quelconque qui, étant dans le commerce, soit susceptible de vente sur saisie. Incontestablement, le droit d'*homestaed* ne peut être acquis ni sur un immeuble confié à titre précaire, ni sur les biens d'une société, ni enfin sur ceux compris dans un legs, au moins en ce qui concerne les créanciers héréditaires. En cas de copropriété, certains territoires admettent chacun des communistes à acquérir un *homestaed* sur sa part indivise ; d'autres ne l'y admettent point, par la raison que la loi n'a pas indiqué comment le *homestaed* de chacun des copropriétaires serait distinct et séparé de celui des autres. Au Texas, il est fort raisonnablement décidé que l'on peut acquérir sur le bien commun, avec le consentement du copropriétaire, un privilège opposable à tout le monde, excepté ce dernier.

Le droit de constituer un *homestaed* appartient à tout chef de famille, lequel peut être une femme aussi bien qu'un homme, un père vivant avec sa femme et ses enfants ; un célibataire vivant avec sa mère et ses sœurs ; une mère de plusieurs enfants naturels ; en un mot une personne ayant la charge naturelle et morale d'autres personnes.

Le droit d'*homestaed* soustrait à la saisie et à la vente forcée les immeubles sur lesquels il porte, mais il n'affecte et n'altère ni le titre, ni la nature, ni le mode d'exercice de la propriété, comme fait la substitution. Lesdits immeubles restent aliénables. Cependant si le titulaire est un homme marié, sa femme peut s'opposer à l'aliénation ou la soumettre à une condition de emploi. — La récolte annuelle est insaisissable comme l'immeuble même. — En Pensylvanie et à New-York, les obligations nées d'un délit ou quasi-délit sont exécutoires sur le *homestaed*. Autrement en est-il dans la Caroline du nord, l'Illinois et le Wisconsin où cette solution est considérée comme contraire à la pensée du législateur qui a entendu protéger la famille du débiteur tout autant que ce dernier lui-même. En certains Etats, le *homestaed* n'est pas affranchi de la vente forcée pour le paiement des dettes antérieures à son acquisition. Presque partout, la créance du vendeur, celle de l'ouvrier qui a réparé ou amélioré les biens insaisissables, celle de l'Etat (l'impôt) ont le pas sur le droit de *homestaed*.

Le privilège du *homestaed* prend fin dès que les conditions de son existence viennent à être contredites, c'est-à-dire quand cesse chez le chef de famille la volonté d'y fixer le foyer des siens. Ce qui aura lieu : 1° en cas d'aliénation des immeubles privilégiés ; 2° en cas de consentement sur ces biens d'un droit de *mortgage* au profit d'un tiers ; 3° en cas de délaissement ; 4° en cas de renonciation.

CHAPITRE VI.

Clauses de responsabilité limitée en matière de société

J'aborde le second groupe des exceptions à l'art. 2092 C. c. Des personnes contractant ensemble affectent leurs conventions d'une modalité qui déroge à la règle de ce texte.

Je rencontre en premier lieu les clauses de responsabilité limitée en matière de société.

Je supposerai d'abord une société civile, c'est-à-dire dont les opérations ne sont pas des actes de commerce, par exemple une société d'exploitation de mines. Les associés y sont, de droit commun, tenus *pro parte* de toutes les dettes et charges sociales et sur tous leurs biens, art. 1862, 2092 C. c.

Cependant le principe supérieur de la liberté des conventions permet aux parties de fixer autrement la répartition des pertes. L'art. 1855 al. 2 C. c. leur interdit seulement de dispenser un associé de toute contribution aux dettes. L'une d'elles peut dès lors stipuler qu'elle n'en sera point tenue au-delà de sa mise. La validité de la clause se déduit des termes mêmes de la prohibition formulée par l'art. 1855, qui

s'oppose seulement à ce que les effets engagés dans le fonds social soient stipulés affranchis des pertes éventuelles de l'association. Mais il convient de préciser la portée de cette dérogation.

Or il faut remarquer aussitôt que la clause dont s'agit n'en laisserait pas moins l'associé qui l'a stipulée obligé envers les créanciers de la société jusqu'à concurrence de sa part virile. Ceux-ci ne sont pas obligés de savoir quelle part a chacun des associés dans la société. Toutefois il en serait autrement s'il était dit dans l'acte constitutif de la société que l'associé ne sera pas tenu au-delà de sa mise envers les tiers, et que cette clause eût été communiquée à ceux envers qui la société s'est obligée : ceux-ci s'y seraient soumis par un consentement tacite. La position du stipulant serait alors complètement analogue à celle des membres d'une société commerciale en commandite et l'exception à l'art. 2092 C. c. serait plus énergique encore.

Bien plus, les associés qui constituent une société civile ne peuvent-ils pas adopter une des formes des sociétés organisées par le Code de commerce ? Ne peuvent-ils pas lui emprunter la forme en commandite ou anonyme et écarter ainsi le principe « Qui s'oblige oblige le sien » dans la même mesure que les associés d'une société commerciale ?

L'opinion générale leur concède cette faculté. Le principe que je rappelais tout à l'heure, celui de la liberté des conventions, conduit en effet à décider que les parties qui forment une société ont le droit de lui donner la forme qu'il leur plaît de choisir. Il n'en serait autrement que si le législateur avait expressément interdit d'adapter aux sociétés civiles les modes d'associa-

tion particulièrement usités pour les affaires commerciales. A cet égard, l'article 1^{er} de la loi du 23 mai 1863 pouvait paraître avoir réservé aux sociétés commerciales la forme des sociétés à responsabilité limitée : « Il peut « être formé, disait-il, sans l'autorisation exigée par l'art. « 35 C. com., des sociétés *commerciales* dans lesquelles « aucun des associés n'est tenu au-delà de sa mise. » Mais il a été abrogé par l'art. 47 de la loi du 24 juillet 1867. Ajoutez que l'art. 8 de la loi du 20 avril 1870 suppose une société de mines dont le capital est divisé en actions; que la loi du 5 juin 1850 soumet au timbre proportionnel tout certificat d'action dans une société civile. En outre les sociétés à capital variable, qui sont souvent des sociétés civiles, peuvent être en commandite ou anonymes. Enfin dirai-je que les opérations, plus d'une fois considérables, poursuivies par une société civile exigent une quantité de capitaux que l'application des règles du Code civil ne permettrait pas de réunir. — Vainement objecterait-on (1) que toute société civile soumet nécessairement les associés à l'obligation personnelle. C'est là une pure pétition de principe, puisque le caractère commercial dépend de l'objet de la société et non de sa forme.

Pour emprunter la forme commerciale, les sociétés qui ont pour objet des opérations civiles n'en demeurent pas moins civiles, et partant non justiciables des tribunaux de commerce, non susceptibles d'être déclarées en faillite (Cass., 27 mars 1866, D. 66, 1, 428). Ces caractères sont propres aux personnes faisant profession habituelle d'exercer des actes de commerce (art. 1^{er} C. comm.).

(1) Delangle, *Sociét. comm.*, t. II, n° 424.

Mais elles deviennent personnes morales (Cass., 3 avril 1868, D. 68, 1, 225) ; mais elles devraient, à mon sens, être régies par les dispositions restrictives et pénales édictées par la loi de 1867, lesquelles se justifient par la forme des sociétés et non par la nature de leurs opérations. Voyez contra Cass., 28 nov. 1873, D. 74, 1, 441.

Passons aux sociétés commerciales. On en distingue trois espèces : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme (Code com., Titre des Sociétés ; loi du 24 juillet 1867).

Dans la société en nom collectif, tous les associés sont tenus indéfiniment et même solidairement entre eux des dettes sociales. L'art. 2092 C. c. y fonctionne dans toute sa portée. Tout autrement en est-il dans les deux autres espèces de sociétés.

La société anonyme l'écarte au profit de tous les associés qui ne sont jamais tenus au-delà de leur mise. Je crois même dégager un des points de vue économiques qui en expliquent et en soutiennent le développement, en présentant son organisation comme répondant au besoin impérieux d'écarter la règle « Qui s'oblige oblige le sien » dans un acte donné de la gestion du patrimoine. Le détenteur de capitaux veut bien en confier une partie déterminée aux hasards d'une grande entreprise commerciale, mais il entend limiter ses risques à un chiffre donné, quelle que soit l'issue de l'entreprise. La société anonyme recevra le capital aventuré sans exposer autrement la responsabilité du souscripteur. Bentham, dans son Manuel d'économie politique (1),

(1) Bentham, *Principes de législation et d'économie politique*, Guillaumin 1888, page 142.

réclamait au nom de ces besoins pour l'Angleterre une loi qui admit la responsabilité limitée en matière commerciale. Il provoquait ainsi un progrès législatif que toutes les nations commerçantes ont réalisé.

La société en commandite comprend deux espèces d'associés : les uns dits commandités, qui sont obligés indéfiniment et solidairement sur tous leurs biens ; les autres dits commanditaires, tenus seulement jusqu'à concurrence de leur mise dans la société, à la manière de tout associé dans une société anonyme.

Quelles sont les conditions de la responsabilité limitée dans les deux espèces de sociétés ?

La société anonyme est toujours constituée au moyen d'un capital divisé en actions ; la société en commandite peut être par intérêt ou par actions.

Quelles obligations pèsent sur les actionnaires d'une société anonyme ? Ils sont tenus de verser le montant de leur souscription. Mais d'ordinaire le versement intégral de la somme promise n'est pas immédiatement exigé. On ne veut pas écarter les spéculateurs dont l'intervention est presque indispensable au classement des actions. Puis la rémunération du capital est d'autant moins lourde à la société qui, d'ailleurs, n'a pas besoin au début de la totalité des sommes auxquelles elle fait appel. Enfin, il est possible que le capital social serve seulement de fonds de garantie destiné à réparer les pertes accidentelles.

Le souscripteur reste obligé au surplus envers la société. Mais peut-il être poursuivi par les créanciers sociaux ? Ceux-ci, sur la cessation de paiements de la société, peuvent-ils s'adresser à lui ? Incontestablement l'action oblique de l'art. 1166 C. c. leur compète. Mais

la jurisprudence leur accorde même une action directe. Avant la loi du 17 juillet 1856, ils y trouvaient l'avantage de porter leur action devant les tribunaux au lieu de subir l'arbitrage forcé. Le profit s'en réduit depuis lors à pouvoir repousser les moyens de défense que les actionnaires seraient en droit d'opposer à la société, par exemple une exception tirée du dol commis dans la souscription des actions. Vainement objecterait-on à cette jurisprudence que les créanciers n'existaient pas encore quand les souscripteurs se sont obligés. Il est facile de répondre que les administrateurs ont pu les engager dans la mesure où ils s'étaient obligés. Ajoutez que les actionnaires ont explicitement promis au public leur garantie pour le montant de leur souscription.

Les actions une fois libérées du quart, sont négociables (art. 2 de la loi du 24 juillet 1867). Mais l'aliénation d'une de ces actions par le souscripteur ne le laisse pas moins personnellement tenu du paiement de l'excédent : un débiteur ne peut, sans le consentement de son créancier, se substituer quelqu'un dans son obligation. En même temps, comme la conversion au porteur des actions rendrait introuvables les souscripteurs, celles-ci doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération. Cependant, à ne point admettre de tempérament à la rigueur de ces principes, on eût découragé les souscripteurs et les spéculateurs, exposés à se voir poursuivre après que, depuis de longues années, ils auraient aliéné leurs actions. C'avait été l'un des défauts de la loi de 1856, et la loi de 1867 a cherché à le corriger.

Son article 3 maintient virtuellement en principe les règles précédentes ; il oblige en outre les concession-

naires intermédiaires. Mais il atténue ces responsabilités diverses sous certaines conditions. Ce sont : 1° qu'une clause des statuts réserve à l'Assemblée générale la faculté d'autoriser la conversion des titres nominatifs en titres au porteur ; 2° que toutes les actions aient été libérées de moitié ; 3° que l'assemblée générale approuve l'application de la clause. Le concours de ces conditions ne libère pas d'ailleurs immédiatement les souscripteurs et les cessionnaires. La loi appréhende que, par une entente frauduleuse, la conversion des titres ne soit votée dans le but de sortir d'une société dont les affaires périclitent. Aussi décide-t-elle que c'est seulement après deux ans depuis la délibération de l'Assemblée générale que lesdits souscripteurs et cessionnaires seront entièrement dégagés. Jusqu'à ce moment, la société ou, le cas échéant, ses créanciers pourront donc poursuivre tous souscripteurs et cessionnaires *qui étaient obligés au moment de la délibération de l'assemblée*. Quant aux cessionnaires qui ne sont devenus tels que postérieurement, ils n'endossent point l'obligation de leur cédant : le titre seul est débiteur, de telle sorte que le droit de la société se borne à faire vendre le titre si le versement n'est pas complété.

Ces explications me mettent en mesure de préciser davantage les caractères de la responsabilité des actionnaires d'une société anonyme. L'obligation assumée par un souscripteur se présente comme personnelle, exécutoire sur tous ses biens. L'étendue en est, d'ailleurs, quoi qu'il advienne, limitée au montant de la souscription. La libération intégrale de l'action change la nature de ladite obligation, qui devient alors *propter rem* : les créanciers sociaux ne peuvent se venger que sur le

fonds social ; l'actionnaire rompra tout lien avec eux par l'aliénation ou l'abandon de son droit. Même résultat produit, après deux ans, par le concours des conditions déterminées par l'art. 3 de la loi de 1867. Quant au cessionnaire, si l'action qu'il a acquise est incomplètement libérée, il devient débiteur personnel de l'excédent, comme le souscripteur, à moins que son acquisition ne soit postérieure à la délibération de l'assemblée approuvant, d'après les statuts, la conversion des actions nominatives en actions au porteur. En ce cas, comme aussi si l'action est entièrement libérée, il n'est obligé que *propter rem* aux dettes et charges de la société.

Ce que je viens de dire concernant les actionnaires d'une société anonyme s'applique aux actionnaires d'une société en commandite, art. 24 de la loi de 1867.

Dans la société en commandite par intérêt, les commanditaires ne sont également tenus que dans la limite de leur apport. Mais, dans cette mesure, ils sont toujours personnellement tenus sur tous leurs biens. Et ce caractère comparé de l'obligation des deux espèces de commanditaires marque à mon sens un des traits essentiels de la différence entre l'action et l'intérêt.

J'ai rapproché, à raison de la limitation analogue de leur responsabilité, la situation du commanditaire et de l'associé dans une société anonyme. Mais les deux situations diffèrent par un trait capital qui mérite toute l'attention.

L'actionnaire d'une société anonyme ne peut jamais se trouver tenu au-delà de sa mise de fonds. Or il n'en va pas de même des commanditaires, qui peuvent perdre

le bénéfice de la responsabilité limitée et devenir obligés indéfiniment s'ils transgressent les conditions auxquelles est subordonnée la faveur de leur situation. Cela marque d'un cachet singulier et curieux cette exception apportée par la volonté de l'homme au droit commun de l'art. 2092 C. c., qui disparaît si la personne en cause sort des limites d'action que le contrat souscrit par elle lui impose, si elle outrepassé ses droits dans l'administration de la société en commandite.

Le commanditaire ne doit prendre aucune part à la gestion de la société. Le motif de cette règle dérive d'intérêts de la plus haute importance. Les commanditaires ne sont tenus tant au point de vue de la contribution que de l'obligation aux dettes sociales que jusqu'à concurrence de leur mise. Au contraire les associés en nom, les commandités engagent tous leurs biens en garantie des obligations qui grèvent la société. Dès lors à ces derniers seuls doit appartenir la direction souveraine, en vertu du grand principe que là où est la responsabilité, là doit être la direction. D'autre part, il importe au plus haut point que les tiers ne puissent être induits par de fausses apparences à prendre les simples commanditaires pour des associés personnellement responsables et compter ainsi mal à propos sur les garanties qu'offrirait leur solvabilité.

Il est ainsi nécessaire de préciser les caractères de l'acte de gestion, de marquer la limite où commence l'immixtion défendue aux commanditaires. Suivons dans ce dessein les divers actes possibles de la part d'un associé commanditaire dans leur progression ascensionnelle vers l'acte d'immixtion caractérisé.

Et d'abord le commanditaire agissant comme tiers,

pour son compte personnel, pourra librement faire avec la société toutes transactions, comme il pourrait faire avec tout autre maison de commerce (avis du Cons. d'Etat du 29 avril 1809). Ainsi ferait un actionnaire qui, en même temps créancier de la société dont il fait partie, avancerait les fonds nécessaires pour payer les fournisseurs et pour faciliter l'exploitation de l'entreprise (Paris 2 août 1842 D. Jur. gen. *Sociétés*, 1358-2°); ou bien encore un associé commanditaire qui se serait rendu garant d'un compte ouvert à la société par une maison de banque (Riom 14 janvier 1862 D. 1862. 2. 183).

Maintenant, en leur seule qualité d'associés et sans sortir de leurs droits, les commanditaires peuvent participer aux délibérations se rapportant à l'organisation de la société ou à sa dissolution. Ils peuvent faire partie des assemblées générales. Ce droit leur est même formellement reconnu par la loi, dans les sociétés en commandite par actions, pour les assemblées préalables à la constitution définitive de la société. Ils peuvent participer aux modifications reconnues nécessaires dans l'organisation primitive de la société, par exemple aux délibérations sociales tendant à changer le système des opérations de la société (Paris 23 juillet 1828 D. Jur. gen. *Sociétés*, 1365-1°). Ils peuvent se réserver dans l'acte social le droit de dissoudre la société. Un arrêt de la cour de Poitiers du 30 janvier 1867 (D. 67. 2. 142) a même jugé que des commanditaires n'avaient fait qu'user de leur droit en avançant, d'accord avec le gérant, l'époque fixée pour la dissolution de la société et en lui cédant de bonne foi toutes les actions représentant le capital social.

Les commanditaires ne doivent pas être considérés

comme se livrant à des actes de gestion prohibée lorsqu'ils prennent part à des délibérations concernant la gérance, nomination ou remplacement du gérant (Cass. 23 mars 1846, D. 46. 1. 308 ; Cass. 30 avril 1862, D. 62. 1. 527 ; Trib. com. Seine 22 juin 1840, D. Jur. gén. *Sociétés*, 1366-1°).

Ne sont pas d'avantage des actes d'immixtion les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance des opérations du gérant (art. 28, al. 2, C. com. ; Loi du 24 juillet 1867 art. 10 et 12 ; Rouen 9 juin 1875 D. 75. 2. 205). Les commanditaires peuvent impunément par exemple inspecter les livres, écritures, ateliers et magasins de la société (Colmar 4 fév. 1819, D. Jur. gén. *Sociétés*, 1361-1°) ; vérifier le livre de caisse et la caisse elle-même (Bordeaux 7 juin 1842, D. Jur. gén. *Société*, 1361-3°). Ils peuvent créer parmi eux un comité de surveillance auprès du gérant (Cas. 13 nov. 1844, D. Jur. gén. *Société*, 1361-4°). Ils ne dépassent pas la limite de leur droit en demandant aux gérants compte de leur administration. En conséquence, l'assemblée générale des commanditaires, en procédant au remplacement du gérant de la société, peut en même temps, recevoir son compte, à l'exclusion du nouveau gérant, qui n'est pas dès lors fondé à exiger une nouvelle reddition du compte de son prédécesseur et à refuser, après sa révocation, de rendre son propre compte jusqu'à ce que le compte de l'ancien gérant lui ait été rendu (Cas. 5 janvier 1859, D. 59, 1, 174).

Les commanditaires peuvent remplir dans la société les fonctions d'employés, par exemple celles de commis, de caissiers, de teneurs de livres. L'ancien article 27 C. com., leur avait interdit ces situations. Il a été modifié

par la loi du 3 mai 1863 qui défend seulement au commanditaire d'accepter une procuration pour les actes de gestion. « Les tiers ne peuvent être trompés sur la véritable qualité des commanditaires employés et il n'est pas à redouter pour les autres associés que ceux-là aient une influence fâcheuse sur la direction des affaires sociales. » Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, T. I, p. 174.

Il n'y a encore pas acte d'immixtion de la part des commanditaires lorsque, la société étant dissoute, ils veillent à la conservation de leur propriété commune ; par exemple lorsqu'ils pourvoient aux besoins d'usines qui auraient à souffrir du chômage, soit par des avances en espèces, soit par des négociations, pourvu que ces actes ne touchent en rien à l'administration (Nancy 25 janvier 1845, D. Jur. gén. *Société*, 1371-3°) ; ou, lorsqu'ils ont chargé quelqu'un d'entre eux ou l'un des gérants de vendre l'établissement social ou de former une nouvelle société sur des bases indiquées et que cette délibération a été suivie d'effet (Cass. 26 déc. 1842, D. Jur. gén. *Société*, 1371-4°).

Où commence donc le domaine des actes interdits aux commanditaires ? La jurisprudence en éloigne autant que possible la limite, dépassant peut-être ainsi l'esprit de la loi. Elle décide en effet que le fait par un ou plusieurs commanditaires d'avoir imposé au gérant la direction qu'il a suivie dans sa gestion n'est pas une cause de déchéance de la qualité de commanditaire, s'il est constaté que cette direction s'est toujours produite en dehors des tiers et qu'elle n'a jamais engendré la foi de ces derniers (Cass., 21 décembre 1863, D. 64, 1, 156). De telle sorte que les actes d'administration intérieure se-

raient licites aux commanditaires, irréprochables au regard des tiers. Il n'y aurait immixtion prohibée que de la part du commanditaire qui, à l'extérieur, traiterait avec les tiers pouvant ainsi leur faire croire qu'il a la direction des affaires sociales. « Ce système, disent MM. Lyon-Caen » et Renault, (1) a été dans une certaine mesure imposé par les faits, spécialement dans les commandites » par actions. Il donne le moyen de prendre des garanties » contre l'omnipotence des gérants dont la responsabilité personnelle ne signifie rien en présence de l'énormité des affaires entreprises par les commandites. » Mais n'est-il pas en opposition d'abord avec le texte formel de l'art. 28 C. com. qui prohibe de la part des commanditaires tout acte de gestion sans distinction ? Ne viole-t-il pas l'esprit de la loi tel que je l'ai formulé en donnant les motifs de ladite prohibition ? Car elle n'a pas seulement pour objet de protéger l'intérêt des tiers, mais elle dérive aussi d'un principe impérieux d'organisation qui enlève la direction des mains de celui qui n'encourt pas la responsabilité.

Mais l'immixtion prohibée se réalise dès que le commanditaire accomplit un acte de gestion extérieure. Il ne saurait participer aux conventions quelconques passées entre la société et des tiers, telles qu'achats, ventes, baux, emprunts. Ainsi l'associé commanditaire excédera ses droits qui, dans une société formée pour la publication d'un journal, se substitue à la gérance, dirige le service des employés, donne des ordres aux ouvriers pour la distribution et l'arrangement des lieux occupés par l'administration, traite avec le papetier, avec l'im-

(1) *Precis de Droit com.* T. 1, p. 173.

primeur, non pas pour la rédaction, mais pour les besoins matériels de la société (Paris, 1^{er} mars 1845, D. 45. 2. 197). Ainsi encore, dans une société d'assurances maritimes celui qui exercerait dans un port les fonctions d'agent de cette société.

Vainement l'associé commanditaire recevrait-il une procuration de ses coassociés pour un acte de gestion, art. 27, C. com. Prohibition excessive, semble-t il, puisque, d'après les règles du mandat, le mandataire n'obligeant que le mandant et ne s'obligeant pas lui-même, les fiers n'ont pas dû compter sur la garantie du commanditaire mandataire. Mais le législateur devait empêcher que les commanditaires, voulant s'assurer la direction, tout en demeurant affranchis de la responsabilité indéfinie, ne choisissent pour gérant un homme de paille, pour gérer avec sa procuration. Sous l'ancien régime et la Révolution, la mauvaise foi des spéculateurs avait étrangement abusé de la faculté pour les commanditaires d'agir comme mandataires du gérant. On avait vu des compagnies dont les intéressés, alternativement commanditaires et gérants, n'étaient connus que lorsqu'il y avait des profits à partager et n'étaient plus associés lorsqu'il y avait des créanciers à payer.

L'immixtion se traduisant par des faits, comme ceux que j'ai produits à titre d'exemples, pourra par là même se prouver par témoins. A l'égard de l'appréciation de ces faits et de l'admission de leur preuve, les juges du fond sont investis d'un pouvoir souverain, inattaquable devant la cour de cassation. (Cas. 6 fév. 1843. D. Jur. gén. *Sociétés* 1370-2°).

L'immixtion étant admise et prouvée, quelle sanction s'y attache ?

L'ancien art. 28 C. com., en édictait une sanction bien sévère en obligeant, solidairement avec les associés en nom collectif, à toutes les dettes et à tous les engagements antérieurs et postérieurs de la société, le commanditaire qui avait manqué à la prohibition. De telle sorte qu'un acte de gestion sans importance, sans conséquences nuisibles, complètement isolé, effet d'une intempérance de zèle ou de l'inexpérience, avait le même résultat à l'encontre du délinquant que des actes graves, nombreux, prémédités, accomplis avec l'intention de s'emparer de la direction, en conservant le bénéfice de l'irresponsabilité. La pénalité pouvait se trouver en disproportion excessive avec les faits répréhensibles. Avec raison, la loi du 6 mai 1863 a substitué à l'ancien article 28 C. com. un texte nouveau qui ne déclare, en principe, le commanditaire qui a fait un acte de gestion obligé solidairement avec les associés en nom collectif, que pour les dettes et engagements de la société dérivant des actes de gestion qu'il a faits, sauf la faculté pour le juge d'étendre cette obligation solidaire selon le nombre et la gravité des cas à tous les engagements de la société ou à quelques-uns seulement. La loi s'en rapporte à la prudence du magistrat et lui laisse le droit de juger dans quelle mesure il y a lieu à responsabilité.

Mais cette solidarité est-elle prononcée seulement au profit des tiers et créanciers de la société, ou bien les coassociés du commanditaire peuvent-ils également l'invoquer contre lui et repousser son recours contre eux à raison de ce qu'il a payé au-delà de son apport ?

Trois systèmes se sont formés sur la question.

Dans le premier le commanditaire qui s'est immiscé deviendrait un véritable associé en nom collectif, per-

dant *erga omnes* le bénéfice de l'art. 28 C. com. dans la mesure toutefois de la responsabilité éventuellement partielle dont le texte nouveau le frappe. Ce système répond-t-il à la pensée dominante du législateur certainement dirigée surtout vers l'intérêt des tiers ?

La seconde opinion prétend y mieux satisfaire, en admettant seulement les tiers à faire déclarer l'associé commanditaire qui s'est immiscé solidairement responsable des engagements sociaux à l'égard des autres associés ; mais, dans ses rapports avec ces derniers, celui-ci conserve ses qualités de commanditaire et les prérogatives y attachées (Paris, 6 juillet 1865, D. 66, 5, 443). Partant le liquidateur judiciaire de la société est sans qualité pour agir contre le commanditaire qui se serait immiscé (Lyon, 27 mai 1859, D. Jur. gén. *Société*, 1381). Les actionnaires ne sont pas mieux fondés à demander que le commanditaire qui se serait immiscé soit déclaré responsable de la perte qu'ils pourraient éprouver sur leurs actions (Caen, 16 août 1864, D. 65, 2, 194).

Dans un troisième système il y aurait lieu de distinguer, pour apprécier s'il est ou non responsable envers ses coassociés, suivant que l'associé commanditaire qui s'est immiscé aurait agi avec ou sans le consentement du gérant. Dans le second cas sa responsabilité existerait *erga omnes*, même au profit du gérant ; dans le premier, ses coassociés ne sauraient invoquer contre lui la déchéance de l'art. 28 C. com., qui ne profiterait qu'aux tiers.

Quand un commanditaire encourt cette déchéance, peut-il être déclaré en faillite ? La question ne se pose que pour le cas où les tribunaux auraient étendu sa

responsabilité à toutes les dettes sociales. Mais même alors, il nous paraît qu'une solution affirmative ajouterait à ladite sanction une rigueur qu'on ferait malaisément dériver d'une assimilation absolue entre le commanditaire déchu et l'associé en nom collectif.

Tels sont, brièvement expliqués, les incidents du contrat de société, dans la complexité de son organisation moderne, où nous rencontrons des exceptions au principe « Qui s'oblige oblige le sien. » Il nous ont montré la combinaison harmonique et heureuse d'intérêts sociaux divergents. La règle de l'art. 2092 C. c. tire sa nécessité de l'ordre public. Mais, à l'appliquer aveuglément, on fût arrivé à léser les intérêts les plus respectables. Le législateur, interprète des besoins sociaux et de leur complexité, devait chercher à les concilier et il l'a fait de la façon dont je me suis efforcé de le clairement exposer.

Une société très particulière va nous présenter un nouvel exemple de la situation juridique que nous étudions, je veux parler des sociétés constituées pour l'exploitation des charges d'agent de change. Elles présentent même ce trait remarquable que la responsabilité limitée de certains associés s'y présume.

Les capitaux nécessaires à l'exploitation de ces offices se sont tellement accrus dans le développement de la richesse mobilière et des transactions, qu'un seul titulaire ne les saurait demander à sa fortune propre ou à son crédit. Aussi les agents de change cherchèrent-ils de bonne heure à s'adjoindre des associés bailleurs de fonds qui vîssent fortifier leurs facultés financières et

participer à leurs bénéfices et à leurs pertes. Mais comme la fonction de l'agent de change est un office public, l'association était-elle admissible dans l'exercice de cette fonction ? Des décisions souvent contradictoires avaient diversement apprécié cette situation. La loi du 2 juillet 1862 la vint régulariser. Consacrant la pratique qui était née de la nécessité, elle décida que les agents de change près des bourses pourvues d'un parquet (dont les offices ont la plus haute valeur vénale), pourront s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office et de la liquidation de sa valeur. A l'objection tirée du caractère public de la fonction de l'agent de change, le rapporteur de la loi répondit par une distinction dans les éléments de la situation. Comme certificateur de l'identité des personnes et de la sincérité des signatures, comme chargé de la constatation officielle des cours des valeurs, celui-ci est un officier public dont aucune combinaison financière ne saurait altérer la situation vis-à-vis du public et de l'administration publique. Mais, en tant qu'intermédiaire de la négociation des effets publics, l'agent de change exerce un commerce. Or l'exploitation de cet élément commercial, le profit des courtages, la valeur vénale résultant du droit de présentation, n'ont rien qui soit contradictoire avec les idées et le but qui président à l'association des capitaux. Ce sont ces éléments seuls qui rentreront dans le contrat d'association, l'élément public de l'office demeurant personnel au titulaire.

De cette situation, il découle nécessairement que les bailleurs de fonds ne seront passibles des pertes que jusqu'à concurrence des capitaux qu'ils auront engagés.

On ne comprendrait pas qu'ils fussent indéfiniment responsables d'actes auxquels ils ne peuvent pas participer et que l'art. 2092 C. c. reçût ici sa pleine application.

Mais, par contre, si les bailleurs de fonds s'immiscent dans les affaires de la charge, s'ils spéculent, il semble qu'ils doivent encourir une responsabilité indéfinie, tout comme les commanditaires. Autrement ne va-t-on pas créer de vastes maisons de jeu ? Le législateur de 1862 n'a pas admis cette conséquence. Il a considéré qu'à raison de la nature spéciale des fonctions de l'agent de change, l'immixtion de la part des associés n'est pas possible, et, partant, la question que je pose ne peut pas naître. Si les bailleurs de fonds se livrent à quelque opération rentrant dans les fonctions de l'agent de change, ils ne s'immiscent pas dans les affaires de la société, ils commettent une usurpation de fonctions dont ils répondront dans ses conséquences pénales et civiles(1).

(1) Je note que la société pour l'exploitation des charges d'agent de change est subordonnée à la condition que le titulaire de l'office soit propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement.

CHAPITRE VII.

Cas divers de dérogation à la règle « Qui s'oblige oblige le sien ».

Je rencontre enfin certaines conventions imaginées par les volontés particulières dans le but de faire échec à l'art. 2092 C. c., et dont je dois discuter la validité.

1. *Quid* d'une promesse de payer 100 à titre de libéralité entre vifs ou testamentaire, à telle époque déterminée, avec cette condition que la maison A... du promettant répondra seule, mais sans constitution d'hypothèque, de la promesse du donateur ?

Cette modalité peut s'inspirer d'intentions fort sérieuses. Ce peut être le désir chez le disposant de donner subsidiairement au gratifié la maison A, dans le cas où lui ou ses héritiers n'auraient pas exécuté en nature la promesse. Ce peut être encore que la maison A étant celui de tous ses biens auxquels il attachait un moindre intérêt d'affection, il a voulu que cette maison fût, au besoin, pour ainsi dire sacrifiée de préférence.

Je suppose ainsi modalisée une promesse entre vifs. Au premier abord, elle paraît inefficace comme contraire à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs. En effet, la clause y jointe semble laisser au donateur la faculté d'anéantir le gage de sa promesse et de neu-

raliser ultérieurement l'effet de sa libéralité. Vient-il à aliéner la maison A, le donataire, n'étant pourvu à l'égard de ce bien d'aucun droit de suite, se voit réduit à n'espérer plus qu'en la foi du donateur. Hypothèque-t-il la maison A à d'autres créanciers, ils primeront le donataire. Mais hâtons-nous de remarquer que le gage du donataire ne pouvant être détruit par le fait du donateur, dans l'un et l'autre cas celui-ci s'oblige de ce chef dans la mesure du dommage qu'il a causé à celui-là. Or, cette obligation ainsi née est communément garantie par un droit de gage général portant sur tous les biens du débiteur. En sorte que la promesse du donateur ne peut devenir vaine que par sa ruine totale survenue avant l'échéance du terme fixé à la délivrance de la somme promise. Que si au lieu d'aliéner ou d'hypothéquer la chose qui seule répond de l'exécution de sa dette, le donateur contracte de nouvelles obligations chirographaires, les nouveaux créanciers viendront sans doute sur le prix de cette chose concurremment avec le donataire qui pourra voir sa part réduite à rien. Mais, dans ce cas encore, le dommage à lui causé devra être réparé par le donateur dont il procède, et le donataire aura, dans la mesure du préjudice subi, une action contre celui-ci avec toutes les facultés de droit commun. Le donataire ne verra sa donation détruite ou réduite que si la chose désignée en garantie exclusive de ses droits vient à périr en partie ou pour le tout par cas fortuit. — Que si la valeur de la maison A se trouve, dès le jour de la donation, inférieure à la somme promise, la donation ne vaut dès maintenant que pour la valeur de la maison. Cela ne nous paraît pas pouvoir faire doute. Cette situation est analogue à celle où le donateur

s'étant réservé la faculté de disposer soit d'un ou de plusieurs objets compris dans la donation, soit d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, la donation ne vaut que pour le surplus (1).

Au lieu d'une donation entre vifs, supposons un legs affecté de la modalité précédente. Avant sa mort, le testateur a aliéné la maison A dans des conditions telles que le legs deviendrait caduc si la maison A eût été léguée directement. Les legs étant révocables, le disposant a pu impunément à l'égard du légataire consommer cette aliénation. Faut-il considérer qu'il a tacitement révoqué le legs qu'elle était destinée à garantir ? La situation est identique en vérité à celle où la maison A aurait péri par cas fortuit, dans le cas d'une donation entre-vifs. Il faut convenir qu'alors le droit du légataire est dépourvu de toute sanction.

2. La clause que je viens d'insérer dans une libéralité peut aussi bien se rencontrer dans un acte à titre onéreux, dans une vente. M. Mourlon, dans son examen critique et pratique du Commentaire de Troplong sur les Privilèges, T. 1, p. 19, rapporte l'espèce suivante comme s'étant présentée en pratique. « Un instituteur » stipula, en achetant un établissement d'éducation, » qu'il n'entendait pas s'obliger personnellement et » qu'ainsi le prix de vente serait dû par l'établissement » qui seul en répondrait. » Que penser de cette bizarre convention ? Il n'est pas possible de la valider au pied de la lettre, c'est-à-dire de constituer la chose vendue comme débitrice exclusivement du prix convenu, les choses ne pouvant être obligées qu'accessoirement, en

(1) Voy. Aubry et Rau, T. 7, p. 367.

garantie d'un engagement qui grève une personne. Le seul sens raisonnable qu'on lui puisse prêter, c'est d'attribuer à l'acheteur la volonté de limiter l'effet de son obligation audit bien, de circonscrire à ce bien le gage de son créancier. Il y aura là peut-être, de la part du vendeur qui accepte, donation indirecte ou bien la rançon d'un prix exorbitant. Pourquoi dès lors cette modalité serait-elle illicite ? Les parties écartent, dans leurs rapports, l'art. 2092 C. c. Au nom de quel principe supérieur, au nom de quel texte prétendrait-on y soumettre leurs volontés ? Dans ces conditions, la créance du vendeur se trouvera subordonnée à l'objet vendu et disparaîtra s'il vient à périr. — Mais quels seront ses droits en présence d'une aliénation de la chose vendue avec ladite clause ? Comme il s'agit d'un immeuble dans l'espèce, il pourra tirer de son privilège ou de son action en résolution, pour défaut de paiement du prix, un droit de suite qui lui permettra d'agir contre les tiers acquéreurs. Si la chose vendue était mobilière, comme elle n'a pas de suite par privilège, droit de résolution ou propriété, les tiers acquéreurs ne pourront être recherchés. Mais alors l'acheteur, s'étant mis par son fait dans l'impossibilité d'exécuter son obligation sur le bien qu'il avait assigné à cet effet, il doit à son vendeur réparation du dommage qu'il lui a ainsi causé. Le vendeur en tirera une action personnelle contre l'acheteur, qui sera tenu par cette action sur tous ses biens. Au surplus elle s'ajoute, pour le vendeur d'immeubles, à son droit de suite et de résolution.

3° Autre espèce. Une personne emprunte une somme d'argent sous cette condition expressément stipulée qu'un tel de ses biens répondra seul de sa dette. Cette

clause est-elle valable ? Il y a là manifestement donation éventuelle pour le cas où la chose désignée périrait accidentellement. Pourquoi pareille convention serait-elle inefficace ? Qu'on n'objecte pas qu'elle est révocable par l'aliénation volontaire du bien qui doit la garantir. Je répondrai par l'idée déjà deux fois appliquée que le donateur est responsable de son fait.

CHAPITRE VIII.

Remarques diverses.

J'ai épuisé la revue des exceptions que la volonté de l'homme, sous l'autorité de la loi et de la jurisprudence, peut apporter à la grande règle de la théorie des obligations « Qui s'oblige oblige le sien ». Ces espèces diverses font éc'ec au droit commun du crédit, et les unes, celles du premier groupe, contrarient directement le principe de la libre circulation des biens. Je me suis efforcé de les justifier au nom d'intérêts considérables, tâchant à les présenter comme d'heureux essais de la conciliation toujours délicate et difficile des besoins sociaux si souvent en conflit. Mais j'ai plus à dire encore, et je dois ajouter les remarques suivantes :

I. Les inconvénients économiques qu'on reproche à la substitution, à la dotalité, le législateur a cherché à les atténuer par la publicité.

C'est ainsi que l'art. 1069 C. c. décide « que les dis-
» positions par actes entre vifs ou testamentaires, à
» charge de restitution, seront, à la diligence soit du grevé,
» soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues
» publiques ; savoir, quant aux immeubles, par la trans-
» cription des actes sur les registres du bureau des

» hypothèques du lieu de la situation ; et quant aux
» sommes colloquées avec privilège sur des immeubles,
» par l'inscription sur les biens affectés au privilège. »
Ces prescriptions tendent à empêcher que les tiers, par ignorance de la charge de substitution, ne soient induits en erreur sur les droits et la position de fortune du grevé ; qu'ils n'escomptent une propriété immobilière ou des créances privilégiées ou hypothécaires libres entre ses mains.

A la même préoccupation répond la loi des 2-10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage. Faute par les époux de répondre sincèrement à l'interrogation que l'officier de l'état civil est tenu de leur adresser, conformément à cette loi, « la femme sera » réputée à l'égard des tiers capable de contracter dans » les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte » qui contient son engagement, elle n'ait déclaré avoir » fait un contrat de mariage. » C'est-à-dire (et je tiens à préciser cette interprétation, qui est souvent inexactement présentée) que la femme ne pourra pas opposer aux tiers non seulement les immunités spéciales de la dotalité, mais toutes les clauses qui diminuent sa capacité normale de contracter, comme une clause de remploi stipulée obligatoire à l'égard des tiers.

Que si je considère la clause générale d'inaliénabilité et d'insaisissabilité telle que, d'après la jurisprudence, j'en ai précisé les conditions de validité, elle est occulte. De là, un grave préjudice possible pour les tiers qui contractent avec le donataire ou le légataire, postérieurement au legs ou à la donation. Il y a là une objection sérieuse que je n'ai pas à dissimuler. Mais elle doit s'adresser au législateur et non à l'interprète. Pour

mon compte, j'exprime le vœu d'une règle de publicité pour cette clause, au moins lorsqu'elle atteint un immeuble. Mais considérez que, sous le régime du Code civil, les servitudes étaient occultes, la transmission même de la propriété immobilière restait ignorée de tous. Cependant les tiers en souffraient. En quoi serait-il plus inique, dans le progrès encore incomplet de notre législation, de faire subir aux tiers les conséquences d'une clause réelle d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité ?

II. J'ai présenté les exceptions à l'art. 2092, que j'ai réunis dans un second groupe, comme des modalités d'un contrat. Ce point de vue les réunit ainsi dans une catégorie différente de celle du premier groupe. Or, je rencontre la publicité des sociétés commerciales. Je veux marquer l'idée différente qui anime alors les prescriptions de la loi.

La publicité des sociétés commerciales et de leurs statuts a notamment pour objet de faire connaître une fois pour toutes au public, contractant éventuel avec ces sociétés, les modalités qui affectent, relativement à la responsabilité des divers associés, tout contrat passé avec elles. Cette remarque fixe, je crois, un élément de différence profondément exact entre ladite publicité et la publicité de la substitution, par exemple. Celle-ci prévient les tiers de la condition anormale de certains biens ; celle-là déclare pour ainsi dire de style certaines clauses dans tout contrat passé avec les sociétés.

Est-il besoin d'ajouter qu'à l'égard des espèces que j'ai examinées en dernier lieu, aucune publicité ne se comprendrait, le cercle d'influence des clauses exceptionnelles que j'ai prévues étant limité aux contrac-

tants qui ont échangé en pleine connaissance de cause leurs consentements ?

J'ai terminé cette étude où je me suis proposé le but logique de réunir sous un centre commun de perspective des théories juridiques éparses dans nos lois. J'ai cru d'un bon apprentissage de chercher à tracer avec précision des circonscriptions dans l'étendue indéfinie du domaine juridique, en m'inspirant d'un point de vue dominant, à la manière du géographe dont le crayon, en traçant des limites sur les cartes, marque l'homogénéité sous tel ou tel rapport des différentes parties d'une étendue déterminée.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

1° Le créancier qui a reçu en hypothèque une servitude réalise son hypothèque par l'action hypothécaire et non point par l'action confessoire.

2° Le créancier qui a reçu en hypothèque une créance réalise son hypothèque au moyen d'une action utile qui est l'action même née de la créance hypothéquée.

3° Le créancier hypothécaire n'a aucun droit sur les fruits de la chose hypothéquée perçus après que la chose a été aliénée par le constituant.

4° La règle « Prior tempore potior jure » s'applique aux hypothèques constituées sur biens à venir.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE.

5° Le copropriétaire ne peut exiger le remboursement des dépenses simplement utiles qu'il a faites sur un bien indivis, sachant d'ailleurs qu'il n'était pas propriétaire unique.

6° L'action négatoire est refusée à un copropriétaire à l'égard de ses copropriétaires.

7° Le demandeur qui agit *ante conditionem* n'encourt pas la *plus petitio*.

8° Les servitudes réelles sont urbaines ou prédiales selon la nature du fonds dominant.

DROIT FRANÇAIS.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

1° La clause de remploi peut valablement être stipulée obligatoire à l'égard des tiers.

2° La clause d'inaliénabilité n'est pas nécessairement illicite.

3° La clause d'insaisissabilité peut valablement affecter un immeuble.

4° Le commanditaire n'est considéré comme coupable d'immixtion dans la gestion de la société que s'il a traité à l'extérieur avec des tiers d'affaires intéressant la société.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE.

Droit Civil.

5° Une donation déguisée sous forme de contrat à titre onéreux, n'est pas valable.

6° Un second donataire peut opposer le défaut de transcription.

7° La liberté accordée aux époux, pour la rédaction de leurs conventions matrimoniales, ne va pas jusqu'à leur permettre de se créer, d'une manière expresse, des incapacités contractuelles.

8° Le préposé blessé par l'animal confié à ses soins, ne peut pas se prévaloir de l'article 1385 C. c.

Droit Constitutionnel.

9° Le scrutin uninominal est plus conforme aux principes de la représentation que le scrutin de liste.

10° Le Sénat peut rétablir les crédits refusés par la Chambre des Députés dans le budget en préparation.

Economie Politique.

11° L'impôt proportionnel est plus équitable que l'impôt progressif.

12° L'État doit s'abstenir de toute intervention en vue de modifier la distribution naturelle de la richesse.

Vu :

Vu :

Par le Doyen,

Par le Président de la Thèse,

COLMET DE SANTERRE.

C. BUFNOIR.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

E. GREARD.



SAINT-BRIEUC. — IMPRIMERIE FRANCISQUE GUYON, RUE SAINT-GILLES.